

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

**PRÁVNÍ RÁMEC OCHRANY PŘÍMÝCH
ZAHRANIČNÍCH INVESTIC V REŽIMU
BILATERÁLNÍCH INVESTIČNÍCH SMLUV A
EVROPSKÉHO PRÁVA**

LEGAL FRAMEWORK OF PROTECTION OF FOREIGN
DIRECT INVESTMENT UNDER BILATERAL
INVESTMENT TREATIES AND EUROPEAN LAW

Rigorózní práce

Řešitel: Mgr. Dominik Moškvan, LL.M.

Konzultant: Doc. JUDr. Pavel Svoboda, DEA, Ph.D.

Praha, Červen 2014

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci vypracoval samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených.

V Praze dne 30. června 2014

Mgr. Dominik Moškvan, LL.M.

Poděkování

Děkuji tímto konzultantovi Doc. JUDr. Pavlu Svobodovi, DEA, Ph.D za odborné rady při psaní rigorózní práce.

Abstrakt

Cílem této práce je analyzovat údajný střet bilaterálních investičních smluv uzavřených mezi členskými státy Evropské unie s právem Evropské unie, a taktéž jeho případný dopad na evropské investiční prostředí.

Bilaterální investiční smlouvy jsou v rozporu s právem Evropské unie ze dvou důvodů. Za prvé je to ustanovení umožňující urovnávání sporů formou rozhodčího řízení, což vylučuje soudní přezkoumání ze strany EU a nerespektuje výlučnost a autonomii práva EU. Dále jsou nekompatibilní klauzule zajišťující preferenční zacházení s investory, které jsou v konfliktu se zásadou zákazu diskriminace, protože k nim mají přístup pouze investoři ze států s uzavřenou investiční smlouvou. Preferenční zacházení uvedené v bilaterálních smlouvách je třeba buď jednostranně rozšířit na investory ze všech členských států Evropské unie, nebo je v plném rozsahu zrušit. Dokud bilaterální investiční smlouvy však nebudou anulovány, zůstávají v platnosti.

Investiční prostředí v Evropské unii je vystaveno riziku přechodně snížené právní jistoty. Důvodem je dichotomie arbitrážního řízení a národních soudů, která doposud nedala vzniknout závazné interpretaci práva EU, protože rozhodčí soudy nejsou považovány za soudy členského státu ve smyslu článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie. Souběh těchto paralelních, nicméně výrazně separovaných systémů, neumožňuje rychlé sjednocení závazného výkladu kompatibility bilaterálních investičních smluv s právem Evropské unie, které v důsledku dopadá na investory a jejich investiční aktivity v členských státech Unie.

Abstract

This thesis aims to analyse alleged incompatibility of bilateral investment treaties signed between the Member States of the European Union with the European Union law and its impact on the investment environment of the Union.

Bilateral investment treaties are found to be incompatible with EU law. First, it is the provision allowing for dispute settlement in the form of arbitration, thereby excluding the case from EU judicial review and infringing the primacy and autonomy of EU law. Second, it is the preferential treatment of investors given only to an investor from a state with a concluded BIT conflicts the non-discrimination principle. Preferential treatment given in BITs should be either unilaterally extended, or dismissed for all investors. Unless rescinded, BITs remain valid.

Investment environment of the European Union might be exposed to an increased risk of legal uncertainty. This is due to the existence of dichotomy of investment arbitration and national courts, which has not allowed for a binding interpretation of EU law since arbitration courts are not considered to be a court of a Member States with respect to the meaning of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Concurrence of the two parallel systems of dispute resolution does not allow for a prompt binding interpretation of the legal issue of incompatibility of the bilateral investment treaties with the European Union law and results in a negative perception of the investment environment of the Union.

Obsah

Prohlášení.....	2
Poděkování.....	3
Abstrakt.....	4
Abstract.....	5
Seznam použitých zkratk.....	8
1. Úvod.....	9
2. Dynamika vzniku právního nesouladu mezi bilaterálními smlouvami a právem Evropské Unie.....	11
3. Vystupňování právního konfliktu	16
3.1. Podstata interakce.....	16
3.2. Status mezinárodních smluv o ochraně investic v rámci práva EU	17
3.3. Status bilaterálních dohod o ochraně investic podle Soudního dvora Evropské unie a podle vnitrostátních soudů členských států	18
3.4. Status bilaterálních smluv o ochraně investic podle investičních rozhodčích soudů 27	
3.5. Shrnutí vývoje údajného právního konfliktu.....	36
4. Analýza údajné neslučitelnosti smluv s právními normami Evropské unie.....	37
4.1. Neaplikovatelnost bilaterálních smluv na ochranu investic kvůli nadřazenosti práva EU 39	
4.2. Nedostatečné nakládání s kapitálovými převody v bilaterálních investičních smlouvách v protikladu k regulaci vnitřního trhu EU	44
4.3. Diskriminace investorů	52
4.4. Neslučitelnost rozhodčího řízení s unijním právem	60
4.5. Prozatimní závěr	67
5. Předpokládané řešení kolize právních systémů.....	69
5.1. Finanční rozměry budoucích pohledávek investor-stát/EU	71
5.2. Nástroje EU pro boj s kriminalitou a přímé zahraniční investice	74
5.3. Opuštění záruky neutrality	76

6.	Investiční prostředí v EU	80
7.	Závěr	88
8.	Resumé.....	90
9.	Použitá literatura	92
10.	Klíčová slova.....	114
11.	Keywords	115

Seznam použitých zkratek

BIT	Bilaterální investiční smlouva
Intra-EU BIT	Bilaterální investiční smlouva uzavřená mezi členskými státy Evropské unie
Extra-EU BIT	Bilaterální investiční smlouva uzavřená mezi členským státem Evropské unie a třetím státem
EK, Komise	Evropská komise
EP, Parlament	Evropský parlament
EU, Unie	Evropská unie
PZI	Přímé zahraniční investice
SDEU, Soud	Soudní dvůr Evropské unie
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
VÚSP	Vídeňská úmluva o smluvním právu

1. Úvod

Světové ekonomice se dostalo v posledních desetiletích hojného růstu. Přestože byla nedávno vážně zasažena úvěrovou krizí, zvýšená obchodní interakce zejména mezi rozvojovými státy vedla tradiční západní ekonomiky k rozvoji náklonosti k přímým zahraničním investicím. Tento jev nezbytně přináší i vyšší oblibu různých institutů investičního práva, včetně bilaterálních investičních smluv. Politické změny v Evropě pramenící především z opětovného zavedení principů volného trhu do ekonomických systémů ve střední a východní Evropě, měly za důsledek i vytvoření sítě bilaterálních investičních smluv, jejíž platnost byla zpochybněna Evropskou komisí, stejně tak jako těmito státy samotnými.

Bilaterální investiční smlouvy jako takové jsou dobře zavedeným instrumentem ochrany investic v oboru mezinárodního práva. Nicméně smlouvy, které byly uzavřeny mezi členskými státy Evropské unie (tzv. intra-EU BITs⁶), stejně tak jako smlouvy uzavřené mezi členskými státy EU a třetími státy (tzv. extra-EU BITs), byly v poslední době vystaveny signifikantní právní nejistotě.

Generální advokát Maduro jako první naznačil, že Švédsko a Rakousko porušilo právo EU tím, že si nárokovaly uplatňování bilaterálních investičních smluv, kterými se dříve zavázaly. Situaci je ztížena skutečností, že nově přistoupiví členové Evropské unie uzavřeli výrazně vyšší počet investičních smluv než původní členské státy. Použitelnost bilaterálních investičních smluv byla zpochybněna nejen Evropskou komisí, ale taktéž i členskými zeměmi samotnými, jak již bylo zaznamenáno kupříkladu v případech *Eastern Sugar v. Czech Republic* nebo *Eureka v. Slovakia*. Neslučitelnost bilaterálních investičních smluv s právem EU by se měla projevovat zejména dáváním neopodstatněných výhod investorovi z jedné členské země, či naopak odpíráním těchto výhod, pokud je investor ze země, která bilaterální smlouvu s hostitelským státem neuzavřela. Tuto diskriminace by proto nebylo možné sloučit se závazky států, ke kterým se státy přihlásily podpisem Smlouvy o fungování Evropské Unie v článku 351 a taktéž dalším ujednáním o evropském jednotném vnitřním trhu.

Cílem této práce je analyzovat údajnou kolizi bilaterálních investičních smluv uzavřenými mezi členskými státy unie s právem EU. Toto je vyjádřeno v hlavní výzkumné otázce:

I. „Jsou bilaterální investiční smlouvy uzavřené mezi členskými státy Evropské unie neslučitelné s právem Evropské unie?“

V případě kladné odpovědi na výzkumnou otázku následuje druhotná výzkumná otázka:

II. „Jaký má nesoulad bilaterálních investičních smluv mezi členskými státy a práva Evropské unie dopad na unijní investiční prostředí?“

Výzkum bude prováděn doktrinní metodou za použití primárních a sekundárních zdrojů, které jsou povětšinou v anglickém jazyce.

Relevance této rigorózní práce spočívá především v aktuálnosti tématu v analýze řešení střetu právních norem mezinárodního a evropského práva. Práce je rozdělena do sedmi částí.

2. Dynamika vzniku právního nesouladu mezi bilaterálními smlouvami a právem Evropské Unie

Investiční smlouvy způsobily zásadní průlom ve vnímání mezinárodního obchodního práva. Dvoustranné, vícestranné investiční smlouvy a smlouvy jiného charakteru (včetně Dohod o volném obchodu s kapitolami o preferenčním režimu pro obchod a investice) vytváří příznivé podmínky pro obchodní aktivity a jako takové jsou zajímavé jak pro investory, tak pro cílovou zemi. Byl to právě možný prospěch z přímých zahraničních investic, který přiměl státy zavázat se bilaterálními investičními smlouvami a který učinil z těchto smluv legální platformu pro ekonomický stimulus národních ekonomik.¹ Přestože objem přímých zahraničních investic se za poslední dvě desetiletí zvyšoval, právní regulace stále zůstává výrazně fragmentována kvůli nedostatku funkčních vícestranných nástrojů a zároveň i neschopnosti mezinárodního společenství se na nějaké vícestranné smlouvě dohodnout.² Možnosti pro obnovení jednání o vícestranné úmluvě, která by umožnila ochranu přímých zahraničních investic, jsou omezené.³ Dvoustranné investiční smlouvy proto vytváří fakticky jedinou alternativu pro jejich ochranu.

Bilaterální investiční smlouvy jsou charakteristické prudkým růstem své popularity v druhé polovině dvacátého století.⁴ Země západního světa se dají označit za hlavní iniciátory tohoto trendu. Není proto překvapením, že historicky první dvoustrannou smlouvou o podpoře investic byla smlouva mezi Německem a Pákistánem z roku 1959. Od té doby nabyly dvoustranné investiční smlouvy vysoké

¹ Zaváže-li se země uzavřením BIT k podpoře investic, zahraniční investice se v domácí ekonomice navýší o 32%. Pokud jde o cílovou ekonomiku, pouze Filipíny, Rumunsko a Slovinsko zaznamenaly zvýšený příliv zahraničních investic díky bilaterálním investičním smlouvám.

GUERIN Selen. *CEPS Working Document No.333: Do the European Union's Bilateral Investment Treaties Matter?*. 2010. s.6

² GUGGLER Philippe; TOMSIK Vladimír. *General Agreement on Investment: Departure from the Investment Agreement Patchwork*. Four Decades of International Business at Reading. 2007.

³ CHALAMISH Efraim. The Future of Bilateral Investment Treaties: A De Facto Multilateral Agreement?. *Brooklyn Journal of International Law*. Vol.34:2, s.353

⁴ ŠTURMA, Pavel; BALÁŠ, Vladimír. *Mezinárodní ekonomické právo*. C.H. Beck. 2013. s. 314

oblíbenosti a rozšířily se na všechny kontinenty, přestože jejich podoba se často liší.⁵ Počet sjednaných bilaterálních dohod dosáhl v roce 2005⁶ počtu 2 495, na čemž se země střední a východní Evropy (CEE) podílely 716 bilaterálními dohodami.⁷ Oficiální počet bilaterálních dohod sjednaných v tomto regionu se datuje od roku 2002. Aktuální počet smluv není znám. Některé členské státy EU mezitím začaly tyto smlouvy i rušit. Navzdory tomu, že Mezinárodní centrum pro urovnávání investičních sporů (ICSID) shromažďuje údaje o počtu podepsaných bilaterálních investičních dohod,⁸ probíhající fragmentace investičního práva hatí jakékoliv snahy dokumentovat přesný aktuální počet smluv, protože země na jedné straně podepisují nové smlouvy, ale zároveň je nahrazují novými, nebo je přímo ruší.⁹

Po politických změnách vedoucích k rozpadu bipolárního světa začaly mnohé země střední a východní Evropy, které vzhlížely k rozvinuté západní Evropě, uzavírat bilaterální dohody o ochraně investic, aby přilákaly investory. I když k největšímu nárůstu v počtu bilaterálních dohod došlo po liberalizaci politického a ekonomického prostředí v devadesátých letech minulého století a v prvním desetiletí jednadvacátého století, některé státy regionu přijímaly takové smlouvy již dříve. Zatímco Rumunsko uzavíralo bilaterální dohody již v roce 1970 a Polsko podepsalo svou první dohodu s belgicko-lucemburskou hospodářskou unií v roce 1987,

⁵ Například jedenáctý oddíl North American Free Trade Agreement (NAFTA) se výrazně podobá BIT, pokud jde o ochranu investic.

⁶ The United Nations Conference on Trade and Development. The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs). s. 1

Dostupný také z WWW: <http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20069_en.pdf>

⁷ The United Nations Conference on Trade and Development. Dostupný také z WWW: <<http://www.unctad.org/templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&lang=1>>

⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes

Dostupný také z WWW: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>

⁹ Například v roce 2012, take díky nedořešenému vztahu bilaterálních investičních smluv a práva Evropské Unie Česká republika vypověděla nebo začala process vypovězení pěti bilaterálních investičních smluv, a to konkrétně s Estonskem, Dánskem, Itálií, Maltou a Slovinskem.

Německá demokratická republika a Československo zaujímaly k uvolňování toku přímých zahraničních investic konzervativní postoj.

Přímé zahraniční investice chráněné bilaterálními dohodami byly považovány za prostředek zajišťující jejich ekonomický pokrok. Například v samotném Maďarsku vzrostl objem přímých zahraničních investic z 570 milionů USD v roce 1990 na 248 miliard USD v roce 2009.¹⁰ Tento nárůst je obvykle přičítán roli bilaterálních investičních dohod, které tlumily obavy investorů ohledně rizik spojených s investicí.

Ovšem přímé zahraniční investice, po kterých tak dychtivě toužily země střední a východní Evropy, pravděpodobně neznamenaly jednoznačný přínos. Debata o tom, zda tyto přímé zahraniční investice mají pozitivní vliv na ekonomiku (obvykle se jedná o investici z bohatých zemí do chudých zemí), je do značné míry rozpolcená.¹¹ K ekonomické interakci mezi zeměmi totiž přispívá řada specifických faktorů, takže na tuto otázku nelze odpovědět jednoznačně na obecné úrovni. Rovněž otázka vlivu bilaterálních dohod o ochraně investic na ekonomiku se stává pro ekonomy zajímavým tématem, a zároveň vede ke sporům o skutečném přínosu pro národní hospodářství smluvních stran.¹²

Revize domácí politiky v řadě zemí bývalého východního bloku urychlila hospodářskou spolupráci se západní Evropou, která již byla integrována, a pomohla těmto zemím stát se součástí většího projektu evropské integrace. Přijímání bilaterálních dohod o ochraně investic probíhalo ve složitých politických podmínkách a často ve spěchu. Podobná ukvapená rozhodnutí často svědčila o ochotě států zaplatit jakoukoliv cenu za ochranu investic rozvinutých západních

¹⁰ The United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2010*. s. 172

Dostupný také z WWW: <http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf>

¹¹ CARKOVIC, Maria; LEVINE, Ross. *Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth?* (2002) University of Minnesota s.2; TOBIN, Jennifer. *The Impact of Bilateral Investment Treaties* Center for Law, Economics and Public Policy Developing Countries Yale Law School Research Paper No. 293. s. 2

¹² TOBIN, Jennifer. *The Impact of Bilateral Investment Treaties* Center for Law, Economics and Public Policy Developing Countries Yale Law School Research Paper No. 293. s. 31

zemí. V této situaci mnohé země přijímaly formy ochrany investic za podmínek navržených západními zeměmi. Bilaterální dohody upevnily ekonomické klima, které vyhovovalo spíše investorům, aby se země střední a východní Evropy staly vhodným prostředím pro umístění přímých zahraničních investic ze západu.¹³

Nicméně stabilní a dlouhotrvající vazby mezi ekonomikami nepochybně přispěly k tokům soukromého kapitálu, který se stal klíčovým prvkem přímých zahraničních investic v současném rychle se rozvíjejícím světě celosvětové ekonomické integrace.¹⁴

Bilaterální dohody o ochraně investic sice existovaly už mezi původními členskými státy ještě před přistoupením dvanácti nových členů v roce 2004 a 2007,¹⁵ ale až po rozšíření se staly běžnějším jevem a implicitně se tak staly intra-unijními. Před vstupem deseti zemí do Evropské unie v roce 2004 existovaly dvě platné bilaterální investiční dohody mezi členskými státy. Po rozšíření EU tento počet výrazně vzrostl na 150 dohod. Další rozšíření v roce 2007 zvýšilo tento počet na 191 intra-unijních dohod.¹⁶ Přestože tyto dohody, jak interní tak externí, byly v údajném rozporu s unijním právem už od chvíle, kdy se smluvní strany staly členskými státy EU, právní rozpor se projevil až později. A to v momentě, když se právního nesouladu dovolala Komise před Evropským soudním dvorem ve sporech týkajících se extra-unijních smluv o ochraně investic, a v odborném vyjádření - *amicus curiae* -

¹³ WIERZEBOWSKI, Marek; GUBRYNOWICZ Aleksandar. Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions. in BINDER Christina; KRIEBAUM Ursula, REINISCH August aj. *International Investment Law for the 21st Century*. 2009. Oxford University Press. s. 544

¹⁴ The Organisation for Economic Co-operation and Development. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. Fourth Edition. 2008. para. 3

¹⁵ S výjimkou Irska a Portugalska měli všichni členové Evropské Unie před velkým rozšířením na východ bilaterální investiční smlouvy se všemi přístupivšími členy.

WEHLAND, Hanno. Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?. *ICLQ* 58. 2009. s. 298

¹⁶ SHAN, Wenhua; ZHANG, Sheng. The Treaty of Lisbon: Halfway Toward a Common Investment Policy. 21 *EJIL*. 2011. s. 4

Evropské komise při arbitráži v případech *Eastern Sugar v. Česká republika*¹⁷ a *Eureko v. Slovensko*.¹⁸

¹⁷ Eastern Sugar BV v. Czech Republic. SCC Case No. 088/2004. Partial Award. 2007.

¹⁸ Eureko v Slovak Republic. PCA Case No. 2008-13. Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 2010.

3. Vystupňování právního konfliktu

Evropské společenství se v minulých desetiletích pozoruhodně rozvinulo. Od samého počátku evropské integrace dochází k interakci mezi systémy národního, mezinárodního a unijním právního systému. Otázky týkající se statutu bilaterálních dohod o ochraně investic jsou jedním z aspektů této interakce.

3.1. Podstata interakce

Od roku 2006 Evropská komise potvrzuje své stanovisko, že není nutné zachovávat bilaterální dohody na vnitřním trhu, protože jejich obsah je z velké části nahrazen unijním právem.¹⁹ To však způsobilo mezi investory zmatek, protože není jasné, jaké důsledky by vyplynuly z nepoužitelnosti dohod. Je zajímavé, že stejnou argumentaci použily některé členské státy, např. Česká republika v případě *Eastern Sugar*,²⁰ když se dovolávala toho, že bilaterální dohody České republiky byly implicitně ukončeny po vstupu země do Evropské unie. Tato argumentace však nebyla úspěšná. Komise rovněž vyjádřila obavy z nežádoucí možnosti, že by některé spory týkající se práva EU mohly být předkládány tribunálům bez jakéhokoli zásahu ze strany Evropského soudního dvora.²¹ Ukázalo se, že tato obava je legitimní.²²

Vedle rozšiřování EU směrem na východ a do oblasti Středomoří vyvolával interní proces dalšího sjednocování (později zakotvený ve Smlouvě o fungování EU, která obsahovala významné přesuny kompetencí týkající se přímých zahraničních investic) otázky týkající se platnosti předvstupních bilaterálních dohod. Od podpisu

¹⁹ EC Letter of 13 January 2006. *Eastern Sugar BV v. Czech Republic*. SCC Case No. 088/2004. Partial Award. 2007. Para. 119

²⁰ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic*. SCC Case No. 088/2004. Partial Award. 2007.

²¹ BURGSTALLER, Markus. European Law Challenges to Investment Arbitration. In WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; CHUNG, Kyo-Hwa Liz, aj. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. 2010. s. 460

²² BURGSTALLER, Markus. European Law Challenges to Investment Arbitration. In WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; CHUNG, Kyo-Hwa Liz, aj. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. 2010. s. 460

Smlouvy o fungování EU nebyly dosud jednoznačně vyřešeny některé zásadní otázky týkající se rozsahu pravomocí Unie ve vztahu k přímým zahraničním investicím, včetně problému, jaká je vlastně právní definice přímých zahraničních investic v právu Evropské unie.

3.2. Status mezinárodních smluv o ochraně investic v rámci práva EU

Zvláštnost systémů mezinárodního investičního práva a práva Evropské unie spočívá v tom, že mezinárodní investiční záruky překrývají záruky evropské. Konflikt vyplývající ze snahy nadále udržovat v platnosti bilaterální dohody v symbióze s právním systémem EU a právem jednotlivých zemí lze vnímat jako konkurenci mezi preferenčními režimy v rámci vnitřního trhu. Zatímco vnitřní trh Evropské unie zakotvuje zásadní záruky svobody usazování²³ a volného pohybu kapitálu,²⁴ což jsou typické rysy přímých zahraničních investic, evropské právo také zabezpečuje procesní omezení urovnávání investičních sporů v rámci svých vlastních systémových omezení,²⁵ případně omezení jednotlivých národních soudních systémů.²⁶ Pokud tyto záruky překrývají tvrdé jádro bilaterálních investičních dohod,²⁷ je zásadní, aby tyto režimy mohly klidně koexistovat na horizontální úrovni.

Pro ilustraci problémů diskriminace vyplývajících z interakce intra-unijních mezinárodních smluv o ochraně investic s právními předpisy EU si představme

²³ Články 45-55 Smlouvy o fungování Evropské Unie

²⁴ Články 63-66 Smlouvy o fungování Evropské Unie

²⁵ Na základě rozhodnutí *Nordsee* a *Eco Swiss*, investiční tribunály nejsou považovány za národní soud členského státu v intencích článku 267 Smlouvy o fungování Evropské Unie, a tudíž nemají právo podat předběžnou otázku k Soudnímu dvoru Evropské Unie.

²⁶ Vykonalnost rozhodčího nálezu v členském státě Evropské unie by musela být podána k národnímu soudu s referencí k Newyorské úmluvě (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards). Dále je nutné zmínit, že jsou to členské státy EU, a nikoliv Evropská Unie jako taková, kdo je signatářem Washingtonské úmluvy (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States).

²⁷ PETERSON, Luke Eric. *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*. 2004. International Institute for Sustainable Development. s. 3

případ, kdy jeden členský stát EU (označme jej X) uzavře s jiným členským státem (Y) smlouvu, která umožňuje investorům jednoho z těchto států těžit ze zvláštní právní ochrany stanovené dohodou o investicích. Pokud však stát X nevytvoří komplexní síť bilaterálních dohod se všemi členy unie, pak investor ze státu Z, jehož vláda nesjedнала žádnou smluvní ochranu investic, se nemůže odvolávat na stejnou ochranu, kterou by získal při investování ze státu Y. Tato konkurence investičních režimů je jádrem případné neslučitelnosti investičních režimů se základními principy práva EU, kterým je zásada zákazu diskriminace. Dochází k ní v případě, když některý stát zvýhodní investora z jednoho členského státu na úkor jiného investora, jehož země podobnou dohodu o ochraně investic neuzavřela. Diskriminace na základě státní příslušnosti je zakázána obecnou zásadou zakotvenou v 18. článku Smlouvy o fungování EU.²⁸

3.3. Status bilaterálních dohod o ochraně investic podle Soudního dvora Evropské unie a podle vnitrostátních soudů členských států

Při vynesení rozsudků proti Švédsku a Rakousku v roce 2009 se bilaterální investiční dohody dostaly do přísného hledáčku oficiálního soudního orgánu Unie. Slučitelnost právních předpisů EU a bilaterálních dohod byla napadena již dříve, což však probíhalo výhradně před rozhodčími soudy (např. *Eastern Sugar v. Česká republika*,²⁹ rozhodčí nález z roku 2007). V paralelních rozsudcích *Komise v. Švédsko*³⁰ a *Komise v. Rakousko*³¹ bylo konstatováno, že oba členské státy

²⁸ Článek 18 Smlouvy o fungování Evropské Unie:

„...aniž jsou dotčena jejich zvláštní ustanovení, je zakázána jakákoli diskriminace na základě státní příslušnosti.“

²⁹ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic*. SCC Case No. 088/2004. Partial Award. 2007.

³⁰ Case C-249/06 *Commission v. Kingdom of Sweden* [2009] ECR I-1335

³¹ Case C-205/06, *Commission v. Austria* [2009] ECR I-1301

nesplnily své povinnosti podle druhého odstavce článku 307 SES (článek 351 Smlouvy o fungování EU).³²

Nesplnění povinnosti členských států přijmout vhodná opatření k odstranění nesouladu týkajícího se ustanovení o převodu kapitálu spočívá v zárukách poskytnutých investorům ve smlouvách.³³ Na základě záruk volného převodu kapitálu ve smlouvách o ochraně investic by investoři mohli očekávat, že jejich kapitál nabytý v hostitelské zemi bude volně převoditelný do jiných států. Od počátku války proti terorismu se však Evropská unie řídí rezolucemi Rady bezpečnosti OSN, a také nezávisle zavádí vlastní opatření pro zmrazení kapitálových transferů. Zaručení neomezených kapitálových transferů v bilaterálních investičních

³² Článek 351 Smlouvy o fungování Evropské Unie:

„Práva a povinnosti vyplývající ze smluv uzavřených před 1. lednem 1958 nebo pro přistupující státy přede dnem jejich přistoupení mezi jedním nebo několika členskými státy na jedné straně a jedním nebo několika třetími zeměmi na straně druhé nejsou Smlouvami dotčeny.

Pokud jsou uvedené smlouvy neslučitelné se Smlouvami, použije příslušný členský stát či členské státy všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností. V případě potřeby si členské státy poskytnou vzájemnou pomoc k dosažení tohoto cíle a zaujmou případně společný postoj.

Při používání smluv uvedených v prvním pododstavci členské státy přihlížejí k tomu, že výhody poskytované ve Smlouvách každým z členských států jsou nedílnou součástí založení Unie, a jsou proto neoddělitelně spojeny s vytvořením společných orgánů, se svěřením pravomocí těmto orgánům a s poskytováním stejných výhod všemi ostatními členskými státy.“

³³ Case C-205/06, Commission v. Austria [2009] ECR I-1301, para. 34-38:

„Článek 307 druhý pododstavec ES ukládá členským státům povinnost použít všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností mezi smlouvami uzavřenými před jejich přistoupením a právem Společenství. Podle tohoto ustanovení si členské státy v případě potřeby poskytnou vzájemnou pomoc k dosažení tohoto cíle a zaujmou případně společný postoj. Ustanovení čl. 57 odst. 2 ES, článku 59 ES a čl. 60 odst. 1 ES přiznávají Radě pravomoc k tomu, aby v určitých přesně stanovených případech omezila pohyb kapitálu a platby mezi členskými státy a třetími státy. Pro zajištění užitečného účinku uvedených ustanovení je nezbytné, aby opatření omezující volný pohyb kapitálu mohla být v případě, že budou Radou přijata, okamžitě uplatňována vůči státům, jichž se týkají a mezi nimiž mohou být i některé státy, které podepsaly jednu z dotčených dohod s Rakouskou republikou. V důsledku toho z těchto pravomocí Rady, spočívajících v jednostranném přijetí omezujících opatření vůči třetím státům v oblasti totožné nebo související s oblastí upravenou dřívější dohodou uzavřenou mezi členským státem a třetím státem, vyplývá neslučitelnost s uvedenou dohodou tehdy, jestliže tato dohoda neobsahuje žádné ustanovení umožňující dotčenému členskému státu vykonávat svá práva a plnit své povinnosti jakožto člen Společenství a jestliže to neumožňuje ani žádný mechanismus mezinárodního práva. Přitom se na rozdíl od tvrzení Rakouské republiky nezdá, že by opatření, která tento stát uvádí a která mu podle něj mohou umožnit plnit jeho povinnosti vyplývající z práva Společenství, zaručila, aby tomu tak bylo.“

smlouvách a souběžné omezování plateb spojené s terorismem se jeví ze své podstaty jako protichůdné. Komise proto požádala o zahájení řízení před Soudním dvorem, když předtím oficiálně informovala Švédsko a Rakousko, že výše uvedené dohody porušují právo EU, a oba členské státy nevyvrátily dostatečně argumenty Komise.³⁴ Absence snahy napravit situaci, kdy bilaterální dohody by mohly bránit uplatnění omezení pohybu kapitálu podle článků 64, 66 a 75 Smlouvy o fungování EU, představovala porušení evropského práva.³⁵ Bylo shledáno, že rakouské a švédské smlouvy jsou v rozporu s opatřeními na ochranu veřejného zájmu, protože článek 66 SFEU zmocňuje Radu, aby na návrh Komise a po konzultaci s Evropskou centrální bankou přijala ochranná opatření tam, kde pohyb kapitálu do třetích zemí a ze třetích zemí způsobuje nebo hrozí způsobit vážné poruchy fungování hospodářské a měnové unie, a to za předpokladu, že tato opatření jsou nezbytně nutná a že se vztahují na období nepřesahující šest měsíců.³⁶

Jedním z nejvýznamnějších důsledků však bylo zjištění soudu, že neslučitelnost s právním pořádkem EU není omezena pouze na hájící se členský stát,³⁷ čímž se fakticky rozšířil potenciál pro aplikaci těchto rozsudků. Vzhledem k tomu, že i ostatní členské státy EU uzavřely velký počet bilaterálních investičních smluv, otázka jejich neslučitelnosti s evropským právem a požadavek na jejich ukončení se stala zásadní pro diskusi o investicích v Evropě, protože podřývala právní ochranu investic, kterou investoři mohli do té doby oprávněně očekávat od členských států.

³⁴ Case C-205/06, Commission v. Austria [2009] ECR I-1301 para. 9; Case C-249/06 Commission v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 9

³⁵ Case C-205/06, Commission v. Austria [2009] ECR I-1301 para. 42

³⁶ Case C-249/06 Commission v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 31

³⁷ Case C-249/06 Commission of the EC v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 43:

„Je třeba doplnit, že jak vyplývá z rozsudku vydaného dnešního dne ve věci Komise v. Rakousko (C-205/06, Sb. rozh. s. I-0000), neslučitelnosti se Smlouvou, ke kterým vedou investiční dohody uzavřené s třetími státy, které brání uplatňování omezení pohybu kapitálu a plateb, která může Rada přijmout na základě čl. 57 odst. 2 ES, článku 59 ES a čl. 60 odst. 1 ES, se neomezují na členský stát žalovaný v projednávané věci.“

Je zřejmé, že podobná logika jako v rozhodnutích týkajících se Rakouska a Švédska byla použita i v pozdějším případě proti Finsku.³⁸ Komise podala na Finsko žalobu pro nesplnění povinnosti, protože nedokázalo přizpůsobit své externí bilaterální dohody o investicích právnímu řádu EU. Jinými slovy, tím, že Finsko nepřijalo vhodná opatření, aby odstranilo inkompatibilní ustanovení o převodu kapitálu obsažená ve sporných bilaterálních dohodách,³⁹ nesplnilo své povinnosti podle druhého odstavce článku 351 SFEU.⁴⁰

Finsko a ostatní členské státy vystupující na podporu finských argumentů vyrukovaly proti obvinění z neslučitelnosti s námitkou, že žádná skutečná inkompatibilita nebyla dosud prokázána, z čehož vyplývá, že údajné protiprávní jednání je čistě hypotetické.⁴¹ Soud odmítl tuto argumentaci a zdůraznil, že tyto dohody neobsahují ani žádná ustanovení umožňující členským státům uplatňovat omezení kapitálových transferů⁴² na úrovni Společenství, ani na mezinárodní úrovni.

³⁸ C-118/07 Commission v. Finland [2009] ECR I-1301

³⁹ Třetími státy byly povětšinou repliky bývalého Sovětského svazu, jehož je Rusko nástupnickým státem; dále Republika Belarus, Čínská lidová republika, Malajsie, Demokratická socialistická republika Srí Lanka a Uzbekistánská republika.

Obdobně v rakouském případě se jednalo o Korejskou republiku, Kapverdy, Čínskou lidovou republiku, Malajsi, Ruskou federaci a Tureckou republiku.

Švédský případ se pak týkal smluv s Argentinskou republikou, Republikou Bolívie, Pobřeží slonoviny, Arabskou republikou Egypt, Hong Kongem, Indonéskou republikou, Čínskou lidovou republikou, Republikou Madagaskar, Malajsií, Islámskou republikou Pákistánem, Republikou Peru, Republikou Senegal, Demokratickou socialistickou republikou Srí Lanka, Tuniskou republikou, Socialistickou republikou Vietnam, Republikou Yemen a bývalý státy Socialistické federativní republiky Jugoslávie.

⁴⁰ C-118/07 Commission v. Finland [2009] ECR I-1301. para. 50

⁴¹ C-118/07 Commission v. Finland [2009] ECR I-1301 para. 16:

‘Finská republika a členské státy, které ji podporují tvrdí, že nepřijala-li Rada žádné omezující opatření vůči třetímu státu se kterým Finská republika uzavřela investiční dohody, nevystává otázka slučitelnosti dotčené dohody s ustanovením Smlouvy, které nebylo nijak uplatněno, jelikož nemůže jít o „zjištěné neslučitelnosti“ ve smyslu čl. 307 druhého pododstavce ES. V důsledku toho je nesplnění povinnosti tvrzené Komisí čistě hypotetické. Za těchto podmínek by povinnost členských států použít všech vhodných prostředků k odstranění uvedených „zjištěných neslučitelností“ existovala pouze od okamžiku, kdy Soudní dvůr předem určil, že takové neslučitelnosti nastaly.’

⁴² C-118/07 Commission v. Finland [2009] ECR I-1301. para.31

Bylo by tedy nejen logické, ale z právního hlediska nezbytné zahrnout případné omezení kapitálových transferů do budoucích bilaterálních investičních dohodách mimo EU.

Jelikož námitky proti pouhé hypotetické neslučitelnosti bilaterálních investičních smluv s právem EU byly odmítnuty, z argumentace Soudního dvora vyplývá, že smlouvy by měly být vypovězeny i v případě pouhé hypotetické neslučitelnosti.⁴³ Podle některých kritiků je takový postoj poněkud nad rámec asertivity.⁴⁴ Požadovat po nějakém státu, aby vypověděl smlouvu kvůli nerealizovanému střetu norem, se může jevit jako pochopitelný, i když poněkud vágní právní princip. Příliš nepřesný na to, aby byl obecně přijatelný, když nedochází ke zřejmému překrývání právních systémů. Taková očekávání členských států se rovněž mohou jevit zvláště nepřiměřená s ohledem na existenci principu *clausula rebus sic stantibus* zakotvené v článku 62 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, která bude analyzována dále.⁴⁵

⁴³ Finsko argumentovalo, že neslučitelnost bilaterálních investičních smluv s právem EU je pouze hypotetická, a že odstranění neslučitelnosti může být od států vyžadováno jen v případě, že k nějaké neslučitelnosti nastane. Je zajímavé, že budoucí překážky práva EU pro mezinárodní právo byly diskutovány též v rozsudcích *Tobacco Advertising*, kde bylo judikováno, že harmonizace zákonů může mít za legitimní cíl předcházet budoucím překážkám mezi národními právními systémy. Soud taktéž dále zmínil, že výskyt takových překážek musí být pravděpodobný a harmonizační nařízení musí směřovat, aby jemu předešlo. (para. 86) V para. 97 Soud dále uvádí:

‘Pokud jde například o časopisy, obrázkové časopisy a noviny obsahující reklamu na tabákové výrobky, je pravda, že jak žalobkyně ukázala, v současné době neexistuje v členských státech zakazujících tuto reklamu žádná překážka dovozu takových tiskovin. Avšak vzhledem k vývoji vnitrostátních předpisů směrem ke stále přísnějším omezením reklamy na tabákové výrobky, který odpovídá přesvědčení, že tato reklama vyvolává znatelné zvýšení konzumace tabákových výrobků, je pravděpodobné, že se tyto překážky volného pohybu tiskovin v budoucnosti objeví.’

Case C-376/98 Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union [2000] ECR I-08419

⁴⁴ EECKHOUT, Piet. *Investment Treaties and EU Law*. 2009

Dostupný také z WWW: <<http://www.ejiltalk.org/investment-treaties-and-eu-law/>>

⁴⁵ Článek 62 of Vídeňské úmluvy o smluvním právu:

,1. Podstatné změny poměrů, která nastala se zřetelem na poměry existující v době uzavření smlouvy a která předtím nebyla stranami předvídána, se nelze dovolávat jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, ledaže: a) existence těchto poměrů tvořila podstatný základ souhlasu stran s

Je patrné, že v důsledku rozhodnutí vynesných proti Rakousku, Švédsku a Finsku se EU začala zabývat všemi externími bilaterálními investičními smlouvami. Proč však byly jen některé země obviněny z porušování právních předpisů EU?⁴⁶ Vzhledem k počtu více než 1500 smluv v účinnosti⁴⁷ se i na základě povrchního pohledu zdá obtížné přijmout fakt, že pouze čtyři státy z dvaceti sedmi podepsaly smlouvy, které nejsou slučitelné s právem EU.⁴⁸ A proč se výtky týkají jen externích bilaterálních investičních smluv, jsou-li smlouvy uvnitř EU považovány za anomálie v rámci vnitřního trhu?⁴⁹ Co z toho vyplývá? I po letech od rozhodnutí řada významných otázek dosud zůstává nezodpovězena.

tím, že budou vázány smlouvou, a b) tato změna zásadně mění rozsah závazků, které mají být podle smlouvy ještě plněny.

2. Podstatné změny poměrů se nelze dovolávat jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, jestliže: a) jde o smlouvu, která stanoví státní hranice; nebo b) podstatná změna je důsledkem toho, že strana, která se jí dovolává, porušila buď závazek plynoucí ze smlouvy nebo jakýkoliv jiný mezinárodní závazek, který převzala vůči kterékoliv druhé straně smlouvy.

3. Jestliže se strana podle předchozích odstavců může dovolávat podstatné změny poměrů jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, může se rovněž dovolávat této změny jako důvodu pro přerušování provádění smlouvy.

⁴⁶ Dánsko bylo dále v hledáčku: „V případě Dánska se též poukazuje na skutečnost, že jeho dohoda s Indonésií sice předpokládá nediskriminační zacházení s investicemi, avšak neobsahuje doložku o regionálních organizacích pro hospodářskou integritu (ROHI), podle které by byli zvýhodněni pouze bezprostřední partneři z EU, bez příslušných nečlenských států. Dánsko by tedy mohlo být přinuceno udělit práva, která mohou být v určitých oblastech vyhrazena podnikům Společenství, na investice z nečlenského státu EU. Následkem toho by mohly v mnohých odvětvích vzniknout další neslučitelnosti s určitými předpisy Společenství.“

Dostupný také z WWW: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-618_en.htm>

⁴⁷ Přesněji 1557 EU-BITs.

GUERIN, Selen. *CEPS Working Document No.333: Do the European Union's Bilateral Investment Treaties Matter?*. 2010. s.7

⁴⁸ Rakouské, dánské, finské a švédské smlouvy čítaly 226 bilaterálních investičních smluv, což by reprezentovalo pouhých 14,5% z celého počtu.

⁴⁹ Opinion of Advocate General delivered on 10 September 2009; Case C-118/07 Commission of the European Communities v. Republic of Finland, para.50; Eureko v Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 2010, para.177 Dostupný také z WWW: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>>

Některé z intervenujících států v rámci řízení poukázaly na to, že očekávání směřující vůči členským státům, a to ve smyslu že upustí od legislativní činnosti v oblasti smíšených pravomocí, by ve skutečnosti transformovalo tyto pravomoci na pravomoci výlučné. Generální advokát však tento argument zamítl jako potenciální kritiku jakékoli oblasti sdílených pravomocí.⁵⁰ Názory Komise týkající se neslučitelnosti investičních smluv a práva EU byly zveřejněny v době, kdy kompetence za přímé zahraniční investice byla ve SFEU přesunuta ze sdílené pravomoci na výlučné pravomoci Komise, což mohlo vést k obavám členských států z dalších změn kompetencí.

Odborné diskuse zabývající se možnou neaplikovatelností, neplatností nebo implicitním ukončení bilaterálních investičních smluv⁵¹ a odůvodněními nabízenými různými rozhodčími soudy o střetu záruk v investičních smlouvách a právních předpisech Společenství i v jeho principech mohou být pouze rozsouzeny Soudním dvorem Evropské unie. Pouze tento orgán má v případě pochybností u národních soudů pravomoc k výkladu práva Společenství podle článku 267 Smlouvy o fungování EU.

Jelikož rozhodčí soudy se navzdory argumentům Komise a členských států vyjádřily pro aplikovatelnost bilaterálních investičních smluv na příslušné spory, a

⁵⁰ VIS-DUNBAR, Damon. *ECJ advocate general argues some Austrian and Swedish BITs are incompatible with EU law*. In Investment Treaty News. 2008.

Dostupný také z WWW: <<http://www.iisd.org/itn/2008/07/17/european-court-of-justice-opinion-argues-some-austrian-and-swedish-bits-are-incompatible-with-eu-law/>>

⁵¹ Dále viz DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. 2011. *CMLR*. Vol. 48; WEHLAND, Hanno. Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?. 2009. *ICLQ* 58. LAVRANOS, Nikos. Bilateral Investment Treaties and EU law. p. 25 Dostupný také z WWW: http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Lavranos.pdf; RADU, Anca, Foreign Investors in the EU – Which ‘Best Treatment? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law. 2008. *ELJ*. Vol. 14, No.2; LAVRANOS, Nikos. Protecting European Law from International Law. 2010. *EFAR* 15; EILMANSBERGER, Thomas. Bilateral Investment Treaties and EU Law. 2009. *CMLR* 46; POTESA, Michele. Bilateral Investment Treaties and the European Union: Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ. 2009. *LPICT* 8; SHAN, Wenhua; ZHANG, Sheng. The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. 2011. *EJIL* Vol. 21 No. 4; LAVRANOS, Nikos. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. 2010. *LPICT* 9

odmítly tak, že evropské právo bilaterální smlouvy nahrazuje, čekalo se dlouho na interpretaci problému národním soudem členského státu Unie. K tomu poprvé došlo, když se Frankfurtský odvolací soud⁵² dne 10. května 2012 jako první zabýval touto otázkou. Ve svém rozhodnutí soud konstatoval, že arbitrážní ustanovení obsažená v bilaterálních investičních smlouvách v rámci Evropské unie nejsou v rozporu s právem EU a že investoři mohou tedy nadále uplatňovat nároky vůči hostitelským státům na základě těchto ustanovení.

Frankfurtský odvolací soud⁵³ odmítl částečný rozhodčí nález o pravomoci soudu ve věci *Eureko v. Slovensko*, proti kterému se Slovensko odvolalo. Odvolání převzal soud ve Frankfurtu, jelikož toto německé město bylo místem původního rozhodčího řízení. Soud zamítl argumenty Slovenska a prohlásil pochybnosti ze strany Slovenska za neopodstatněné. Podle rozhodnutí tohoto soudu se čl. 344 Smlouvy o fungování EU⁵⁴ vztahuje pouze na členské státy EU a nezakazuje investiční arbitráže mezi soukromým investorem a členskými státy EU;⁵⁵ nerovnoměrný rámec intra-unijních arbitrážních smluv není porušením čl. 18 Smlouvy o fungování EU, a ani Vídeňská úmluva o smluvním právu neanulovala rozhodčí doložku obsaženou v bilaterálních investičních smlouvách, a toto rozhodnutí ani neporušilo zásadu vzájemné důvěry.⁵⁶ Odvolání k poslednímu stupni,

⁵² 26 SchH 11/10 Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschluss

⁵³ 26 SchH 11/10 Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschluss

⁵⁴ Článek 344 Smlouvy o fungování Evropské Unie:

„Členské státy se zavazují, že spory o výklad nebo provádění Smluv nebudou řešit jinak, než jak stanoví Smlouvy“

⁵⁵ Soud zdůraznil, že domácí soudy členských států jsou stále v převaze, pokud jde o kontrolu rozhodčích nálezů, pokud by nálezy nebyly konformní s právem Evropské unie. Dále Soud taktéž zamítl argument, že článek 344 SFEU by se měl vztahovat i na investiční arbitráže z důvodu vysokého rizika pro proměnlivost rozhodování.

VON PAPP, Konstanze. Clash of ‘‘Autonomous Legal Orders’’: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? – A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ. *Common Market Law Review* 50. 2013. s.7,8 Dostupný také z WWW: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267045>

⁵⁶ 26 SchH 11/10 Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschluss

tedy německému Spolkovému ústavnímu soudu s nadějí, že otázka kompatibility investičních smluv s právem EU bude případně postoupena Soudnímu dvoru EU se nanaplnilo, když německý Spolková federální soud (Der Bundesgerichtshof) odmítl odvolání o řízení o neplatnosti prozatímního rozhodčího řízení jako nepřipustnou, protože v mezichase arbitrážní soud vydal konečný rozhodčí nález. Frankfurtýský odvolací soud rozhodl nepožadovat předběžné rozhodnutí od Soudního dvora Evropské unie, protože byl přesvědčen o zřejmosti výkladu článku 344 Smlouvy o fungování EU.⁵⁷

Ve jiném rozsudku, a to konkrétně ve věci *Komise v. Slovensko*⁵⁸ se Soudní dvůr Evropské unie dotkl mezery v předvstupní ochraně investic ve sporu týkajícím se švýcarské společnosti Atel a síťového operátora vlastněného Slovenským státem (SEPS). Pozoruhodné je, že smlouva na investice v této zemi nebyla podepsána Slovenskou republikou jako takovou, ale státem vlastněnou společností. Tento případ je dalším příkladem porodních bolestí investiční politiky EU, když se smlouva se třetí stranou zaplétá do předvstupních závazků členských států. Soudní dvůr Evropské unie nepodpořil tvrzení Komise, že Slovenská republika nesplnila své povinnosti podle čl. 9 (e) a 20 (1) směrnice 2003/54, které vyžadují garantovaný nediskriminační přístup k přenosové soustavě, a že Slovensko udělením přednostního práva na přenos poskytnutého ATELu společnost SEPS až do 30.zář 2014 dalo ATELu privilegované postavení ve vztahu k jiným uživatelům systému.⁵⁹ Soudní dvůr rozhodl, že i kdyby slovenské právní předpisy prohlásily smlouvy stanovící přednostní přístup k přenosové soustavě za neplatné a neaplikovatelné, tak to nic nemění na skutečnosti, že společnost SEPS bude nadále vázána povinnostmi uvedenými ve smlouvě.⁶⁰ Proto jediným způsobem, jak by Slovenská republika

⁵⁷ VON PAPP, Konstanze. Clash of “Autonomous Legal Orders”: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? – A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ. *Common Market Law Review* 50. 2013. s.9 Dostupný také z WWW: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267045>

⁵⁸ Case 264/09 Commission v. Slovak Republic [2011] ECR I-08065

⁵⁹ Case 264/09 Commission v. Slovak Republic [2011] ECR I-08065. Para. 16-17

⁶⁰ Case 264/09 Commission v. Slovak Republic [2011] ECR I-08065. Para. 50: „Je třeba dodat, jak to uvedl generální advokát v bodě 105 svého stanoviska, že Slovenská republika nemůže změnit

mohla v tomto případě splnit svoje povinnosti, by bylo uzákonit legislativu, která se zaměřuje na SEPS a zabraňuje provádění této smlouvy, což se ovšem rovná nepřímému zbavení Atelu jeho práva zajišťovat přenosy.⁶¹ Vzhledem k tomu, že preferenční přístup jako takový může být považován za investici chráněnou bilaterální dohodou o ochraně kapitálu mezi Švýcarskem a Československou federativní republikou a že v důsledku prvního odstavce čl. 351 Smlouvy o fungování EU nemůže být tato investiční smlouva dotčena ustanoveními Smlouvy o fungování EU, byl návrh Komise zamítnut.

3.4. Status bilaterálních smluv o ochraně investic podle investičních rozhodčích soudů

Jak již bylo uvedeno, vedle Evropské komise a Soudního dvora Evropské unie se záležitostmi střetu bilaterálních investičních smluv s vnitrostátními právními předpisy začaly zabývat i mezinárodní investiční soudy v rozhodčích řízeních s nově přistoupivšími zeměmi.

Většina z bilaterálních dohod obsahuje rozhodčí doložku, která umožňuje stranám obracet se na investiční arbitráž. Volba alternativního řešení sporů podtrhuje zásadní význam přímých zahraničních investic pro hostitelské ekonomiky. Arbitráž také nabízí méně formální prostředí, které může příznivě ovlivnit ochotu stran dohodnout se ještě předtím, než rozhodčí komise dojde ke konečnému závěru.⁶² Nicméně strach ze značně vysokých náhrad škody, které mohou být uloženy hostitelskému státu, motivuje vlády, aby ve sporu využily všech dostupných

ustanovení nebo účinky dotčené smlouvy prostřednictvím svých právních předpisů, ani zbavit uvedenou smlouvu právních účinků. Slovenský právní předpis, který by prohlásil za neplatné a neúčinné smlouvy, jež poskytují přednostní přístup k přenosové soustavě, by nic nezměnil na skutečnosti, že SEPS bude nadále vázána dotčenou smlouvou. Jediná možnost, jak by Slovenská republika mohla dostát své povinnosti, by tudíž spočívala v přijetí právního předpisu, který by se vztahoval na SEPS a bránil by posledně uvedené v plnění uvedené smlouvy, následkem čehož by bylo nepřímé vyvlastnění ve vztahu k právu na přenos náležejícímu společnosti ATEL.”

⁶¹ Case 264/09 Commission v. Slovak Republic [2011] ECR I-08065. Para. 50

⁶² BILDER, Richard B. An Overview of International Dispute Settlement. *Emory Journal of International Dispute Resolution*. 1984. Vol.1 No.1 s.24

argumentů ve svůj prospěch. V několika případech obhajovaly členské státy své postoje tím, že prohlásily, že v okamžiku vstoupení do EU byly bilaterální investiční smlouvy nahrazeny právem Evropské unie, aby země nemusela nést odpovědnost za zásah do ochrany příslušných zahraničních investic.

Podle Evropské komise je dovolávat se bilaterálních smluv na ochranu investic na interním trhu v rozporu s právními předpisy Unie,⁶³ a tudíž by se investorům nemělo dostávat žádné ochrany na bázi bilaterálních dohod. Arbitrážní soudy odmítly názory Komise a členských států o neslučitelnosti bilaterálních dohod s právem EU, neboť jsou v rozporu se zárukami mezinárodního veřejného práva.⁶⁴

⁶³ „For facts occurring after accession, the BIT is not applicable to matters falling under Community competence. Only certain residual matters, such as diplomatic representation, expropriation and eventually investment promotion, would appear to remain in question. Therefore, where the EC Treaty or secondary legislation are in conflict with some of these BITs' provisions – or should the EU adopt such rules in the future – Community law will automatically prevail over the non-conforming BIT provisions. As you mention correctly, the application of intra-EU BITs could lead to a more favourable treatment of investors and investments between the parties covered by the BITs and consequently discriminate against other Member States, a situation which would not be in accordance with the relevant Treaty provisions. The Commission therefore takes the view that intra-EU BITs should be terminated in so far as the matters under the agreements fall under Community competence.“

EC Letter of January 13, 2006. *Eastern Sugar BV v. Czech Republic* (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007). para. 119.

Dále viz *Eureko B.V. v. the Slovak Republic*. PCA Case No.2008-13. (UNCITRAL) 2008. para.175-196

⁶⁴ V *Eureko v. Slovakia* tribunál uvedl: „The fact that, at the merits stage, the Tribunal might have to consider and apply provisions of EU law does not deprive the Tribunal of jurisdiction. The Tribunal can consider and apply EU law, if required, both as a matter of international law and as a matter of German law. This jurisdictional objection therefore is rejected.“

Eureko B.V. v. the Slovak Republic. PCA Case No.2008-13. (UNCITRAL) 2008. para.175-196

Vztah práva Evropské unie a Evropské energetické charty byl dále analyzován v *Electrabel v. Hungary*: „Accordingly, in the Tribunal's view, there is no fundamental difference in nature between international law and EU law that could justify treating EU law, unlike other international rules, differently in an international arbitration requiring the application of relevant rules and principles of international law.“

Electrabel S.A. v Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, para 4.126

Názorným příkladem argumentů o nesouladu bilaterálních investičních smluv s právem EU je případ *Binder v. Česká republika*,⁶⁵ kde v odůvodnění žalované strany lze nalézt všechny výše uvedené argumenty Evropské unie. Konečný rozhodčí nález (neveřejný) vycházel z údajné zmařené investice německého občana Ruperta Josepha Bindera Českou republikou. Za šikanování ze strany českých celních orgánů žádal Binder o náhradu škody v rozsahu 2.3 až 5 miliard korun (136 až 195 milionů USD), protože nebylo možné předvídat, že Československo se rozdělí, v důsledku čehož musel žalobce proclít na českých celnicích zboží, které bylo ponecháno na Slovensku.⁶⁶

V případě *Binder v. Česká republika* se rovněž objevují argumenty na základě Vídeňské úmluvy o smluvním právu, podle nichž bilaterální smlouva o ochraně investic mezi Německem a Českou republikou byla ukončena přistoupením České republiky k Evropské unii, rozhodčí řízení v rámci EU porušuje princip vzájemné důvěry, a rovněž investiční smlouvy mezi členskými státy EU představují diskriminaci.⁶⁷

Soud tyto argumenty odmítl, protože nebylo zjištěno, že by byly v rozporu s hmotněprávní ochranou poskytovanou právními předpisy EU; rozhodčí klauzule neznevýhodňovaly třetí členský stát, a mimo jiné soud nenašel žádný důvod, aby požádal Soudní dvůr Evropské unie o předběžné rozhodnutí.⁶⁸

Bez ohledu na následující analýzu této otázky je jedna věc, v níž lze nesouhlasit se soudem v případě *Binder v. Česká republika*; i když známe stanovisko

⁶⁵ *Binder v. Czech Republic. Award (UNCITRAL) 2011 (neveřejný nález)*

⁶⁶ BALAŠ, Vladimír. Comment on Award on Jurisdiction in the Binder Case Appealed at Czech Courts. CYIL 2. 2011. p.273.

Dostupný také z WWW: <files.cyil.eu/200000057-357d636771/ČSMP_2011_18_balas.pdf>

⁶⁷ PETERSON, Luke Eric. Details surface of jurisdictional holdings in *Binder v. Czech Republic*; ad hoc tribunal saw no conflict between BITs and European Law; More recently, majority of EU member-states have taken similar view. *Investment Arbitration Reporter*. 2009. Vol. 2, No. 4 s.3

⁶⁸ PETERSON, Luke Eric. Details surface of jurisdictional holdings in *Binder v. Czech Republic*; ad hoc tribunal saw no conflict between BITs and European Law; More recently, majority of EU member-states have taken similar view. *Investment Arbitration Reporter*. 2009. Vol. 2, No. 4 s.3

Evropské komise i opačný postoj většiny členských států EU,⁶⁹ názor Soudního dvora Evropské by byl příhodný pro usměrnění budoucího vývoje. Rozhodnutí nežádat Soudní dvůr Evropské unie o předběžnou otázku bylo bohužel přijato i rozhodčím soudem v případě *Eastern Sugar v. Česká republika*.⁷⁰ Je nutno však v tomto bodě poznamenat, že rozhodčí soud není formálně oprávněn obrátit se na Soudní dvůr s předběžnou otázkou. Doufejme, že Soudní dvůr Evropské unie bude požádán o stanovisko v řízení o předběžné otázce před německými soudy v reakci na odvolání proti konečnému rozhodčímu nálezu v případě *Eureko v. Slovensko*.

Zavedení nové cenové politiky s pevnými sazbami za elektřinu vedlo ke třem arbitrážím proti Maďarsku: *EDF v. Maďarsko*⁷¹, *Electrabel v. Maďarsko*⁷² a *AES v. Maďarsko*.⁷³ Ve sporu šlo o dlouhodobé dohody o nákupu elektřiny, které byly fakticky vypovězeny přijetím nového systému tvorby cen. V *AES v. Maďarsko* stejně jako v *Electrabel v. Maďarsko* Komise podpořila pozici Maďarska s tím, že dohody o nákupu elektřiny porušují právo EU. Konkrétně v *AES v. Maďarsko* prohlásil investiční tribunál, že motivace k zavedení nové cenové politiky nebyla výsledkem tlaku ze strany Evropské komise, jak uvádí Maďarsko. Komise totiž zasáhla do řízení a v jejím podání jako *amicus curiae* vysvětluje, že dohody o nákupu elektřiny, pro

⁶⁹ 'In a December 2008 report issued by the Economic and Financial Committee (EFC) of the European Union, a majority of EU member-governments signaled their disagreement with the European Commission with respect to any "arbitration risks" and "discriminatory treatment of investors" arising out of the patchwork of bilateral investment treaties concluded between EU member-governments.' Report není k dispozici online.

PETERSON, Luke Eric. Details surface of jurisdictional holdings in *Binder v. Czech Republic*; ad hoc tribunal saw no conflict between BITs and European Law; More recently, majority of EU member-states have taken similar view. *Investment Arbitration Reporter*. 2009. Vol. 2, No. 4. s.5

⁷⁰ Tribunál deklaroval, že nemá diskreční pravomoc delegovat na Soudní dvůr Evropské unie předběžnou otázku, a i kdyby takovou pravomoc měl, nepokládal by ji tam, 'kde odpověď je nasnadě.'

Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para.137

⁷¹ *EDF International S.A. v Hungary (ad hoc arbitration under UNCITRAL Rules)*

⁷² *Electrabel S.A. v Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19*

⁷³ *AES Summit Generation Ltd and AES-Tisza Erőmű Kft v Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22*

kteře byla požadována ochrana na základě investiční smlouvy, může potenciálně omezovat konkurenci v rámci vnitřního trhu EU.⁷⁴

K diskusi týkající se střetu bilaterálních investičních smluv a právních předpisů EU významně přispěl nález v případě *Eastern Sugar v. Česká republika*.⁷⁵ Případ se týkal zemědělské politiky Evropské unie, která vydala kvóty na zemědělskou výrobu v souvislosti s vysokými dovozními cly. Domácí zemědělská výroba byla omezena prostřednictvím vládních vyhlášek. Zvláště třetí vyhláška vlády se v tomto případě stala jádrem sporu, protože zástupci společnosti Eastern Sugar tvrdili, že jejich investice není řádně ošetřena,⁷⁶ jinými slovy, že vyhlášky byly diskriminačně navrženy tak, aby poškodily investora. Strategii obrany českého státu lze považovat za podobnou té, která byla aplikována v případě *Binder v. Česká republika*. Evropská komise předložila rozhodčímu soudu dva dopisy, ve kterých zdůraznila preferenci uplatňování práva EU a tvrdila, že pokud je primární právo nebo sekundární legislativa EU v rozporu s bilaterální investiční smlouvou, musí mít evropské právo přednost před právní úpravou, která mu odporuje.⁷⁷ Pro potvrzení svého stanoviska vyzvala Komise v memorandu z listopadu 2006 členské státy, aby postupně vypovídaly investiční smlouvy uzavřené mezi jednotlivými státy EU. Arbitrážní soud však tento názor neakceptoval a odmítl i argumenty České republiky, která uvedla, že investiční smlouvy a právní předpisy EU se vztahují na stejnou věc a že pozdější smlouva (smlouva s EU) nahrazuje investiční smlouvy. Podle některých kritiků bylo předložení dopisu Komisi dobře promyšleným tahem; stanoviska

⁷⁴ GAFFNEY John P. Threats to Investment Protection in the EU Energy Sector. *King and Spalding Energy Newsletter*. 2012. Dostupný také z WWW:

<<http://www.kslaw.com/library/newsletters/EnergyNewsletter/2012/August/article1.html>>

⁷⁵ Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007)

⁷⁶ Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para.12

⁷⁷ Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para.119

Komise byla v rozporu se základními zásadami mezinárodního veřejného práva.⁷⁸ Stanovisko Komise bylo také vyjádřeno pouze v dopise z úseku Evropské komise pro vnitřní trh a sektor služby náměstkovi ministra financí členského státu bez jakýchkoliv předchozích jednání, aniž byl ponechán sebemenší prostor pro kvalifikované posouzení jinými členskými státy, právními vědci nebo dokonce národními soudy. Arbitrážní soud však dopis v rozsudku výrazně citoval,⁷⁹ přestože připustil, že jím není vázán,⁸⁰ a podpořil aplikovatelnost investičních smluv uvnitř EU do doby, než budou ukončeny.

V případě *Eureko v. Slovensko*⁸¹ tvrdila Slovenská republika, že přistoupení k EU zbavuje arbitrážní tribunál jurisdikce. Podle Slovenska měl být nárok veden před Soudním dvorem Evropské unie, protože rozhodčí tribunály nemají pravomoc aplikovat a interpretovat právní předpisy EU. Evropská komise jako *amicus curiae* předložila rozhodčímu soudu podání, ve kterém uvedla, že udělení možnosti obrátit se na investiční soud jednomu státu a jiným ne představuje závažný potenciál pro diskriminaci mezi investory z členských států s investiční smlouvou a z členských států bez této smlouvy. Tvrzení Komise se nesetkalo s pochopením rozhodčího

⁷⁸ Skutečnost, že Komise v Memorandu volala po tom, aby členské státy nevyvolávaly právní nejistotu a nezvyšovala další rizika vč. forum shopping, a že intra-EU bilaterální investiční smlouvy by měly být vypovězeny, považuje Bělohávek odpovídající mezinárodnímu právu veřejnému.

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana Přímých Zahraničních Investic v Evropské Unii* C.H.Beck. 2010. para.143, 182

V *Eastern Sugar v. Czech Republic* tribunál rozhodl, že názory Evropské komise mohou být považovány jen za pouhá nezávazná doporučení: '*As the European Commission correctly points out, the answer to the questions raised must be given by judicial authorities, which clearly excludes the European Commission, and, admittedly less clearly, includes an arbitral tribunal such as the Arbitral Tribunal in the present arbitration.*'

Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para. 124

⁷⁹ BURGSTALLER, Markus. European Law Challenges to Investment Arbitration. In WAIBEL, Michael, KAUSHAL, CHUNG Kyo-Hwa Liz, BALCHIN Claire. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. 2010. s.458

⁸⁰ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic* (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para.123-125

⁸¹ *Eureko B.V. v. the Slovak Republic*. PCA Case No.2008-13. (UNCITRAL) 2008

soudu a její argumenty byly zamítnuty, stejně jako u případu *Eastern Sugar v. Česká republika*.⁸² Frankfurtský odvolací soud,⁸³ kterému byl rozhodčí nález postoupen, udělal 10.května 2012 totéž. Jak již zmíněno, naděje se upínají k možnému zapojení Soudního dvora Evropské unie v rámci využití možnosti řízení o předběžné otázce u SDEU.

Je zajímavé, že v pozdějším případě *HICEE v. Slovensko*,⁸⁴ který spadl pod stejnou bilaterální smlouvu o ochraně investic jako *Eureko* a *Eastern Sugar* (šlo o smlouvu mezi Československem a Nizozemskem), nedošlo ke konfliktu mezi jurisdikcemi.⁸⁵

⁸² *Eureko B.V. v. the Slovak Republic*. PCA Case No.2008-13. (UNCITRAL) 2008, para.266-267

'The consequence is that in any particular case investors protected by the BIT may have wider rights than those given under the substantive provisions of EU law to have wider rights than those given under the substantive provisions of EU law to investors of (other) EU Member States. Affording such wider protection to those investors while not affording it to investors of other EU States may violate EU law prohibitions on discrimination. But that is not a reason for cancelling Claimant's wider rights under the BIT. More significantly, it is still less a reason for treating the Parties' consent to these arbitration proceedings as invalid or otherwise ineffective, particularly where the first stage of such consent pre-dated the relevant EU Treaties, the second stage pre-dated the Lisbon Treaty, and Claimant is an EU investor. There is moreover no reason, legal or practical, why an EU Member State should not accord to investors of all other EU Member States rights equivalent to those which the State has bound itself to accord to investors of its EU bilateral investment treaty partners – or, indeed, to investors from States that are not members of the EU. Certainly, it is not for an arbitral tribunal to cancel rights created by a valid treaty in order to safeguard a State party against the possibility that it might one day decide to apply the treaty in a way that could violate its obligations under one or more other later treaties'

⁸³ 26 SchH 11/10 Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschluss

⁸⁴ *HICEE B.V. v. the Slovak Republic*. PCA Case No.2009-11. (UNCITRAL) 2009

⁸⁵ V tomto případě je však fascinující argumentace týkající se vybudování investice, která podle rozhodnutí soudu není chráněna příslušnou investiční smlouvou, pokud vše proběhlo prostřednictvím dceřiné společnosti: *'But it is equally plain that the losses would have to have been sustained as a result of Dovera Holding by the Responding State or its agencies, that is found to be in breach of the guarantees which the Agreement establishes. Once the subsidiary/sub-subsidiary structure is found to lie outside the Agreement's field of protection, it becomes obvious that the treatment meted out in Dovera Holding's own investment through one of its local subsidiaries does not meet this requirement, whether or not treatment of that kind might otherwise fall foul of the substantive standards under the Agreement.'*

HICEE B.V. v the Slovak Republic. PCA Case No.2009-11. (UNCITRAL) 2009. para. 147

Dalším případem souvisejícím s regulačními opatřeními Slovenské republiky provedenými v letech 2007-2008⁸⁶ v rámci sektoru zdravotního pojištění je případ *EURAM AG v. Slovenská republika*.⁸⁷ Částečný rozhodčí nález o pravomoci soudu z roku 2012 není veřejný,⁸⁸ ale údajně byla arbitrážním řízením iniciována otázka platnosti ochrany investic na základě rakousko - slovenské bilaterální smlouvy o ochraně investic.⁸⁹

K dalším případům investiční arbitráže zabývající se otázkou slučitelnosti bilaterálních investičních smluv s evropským právním řádem patří *Nordzucker v. Polsko*,⁹⁰ který se týká obvinění polského státu z přehodnocení jeho původního závazku prodat dva státní podniky na výrobu cukru uvedené německé firmě. Nicméně rozhodčí nález a zdůvodnění soudu nebyly zveřejněny.

Konflikt jurisdikcí nastal i u případu *Micula v. Rumunsko*.⁹¹ Významná část odůvodnění rozhodnutí se zabývá příslušností případu a jeho přípustností a je věnována okolnostem, za kterých navrhovatelé získali švédské občanství, tedy přípustností žaloby. Bratři Ioan a Viorel Miculovi obvinili Rumunsko ze zmaření své investice po vstupu Rumunska do Evropské unie, protože Rumunsko počítalo

⁸⁶ „Spoločnosť EURAM si nárokuje škody, ktoré utrpela po tom, čo prostredníctvom svojej slovenskej dcérskej spoločnosti E.I.C., a.s. („EIC“) nadobudla v roku 2007 51% akcií v APOLLO zdravotnej poisťovni, a.s. („Apollo“). Napriek tomu, že spoločnosť EIC predala svoj podiel v spoločnosti Apollo už v roku 2008, spoločnosť EURAM sa domáha náhrady škody údajne vyplývajúcej z regulačných opatrení zavedených slovenskými orgánmi v oblasti zdravotného poistenia na konci roka 2007 a začiatku roka 2008. Žaloba spoločnosti EURAM je v poradí treťou arbitrážou iniciovanou proti Slovenskej republike v súvislosti s prijatím novely zákona upravujúcej prevádzku súkromných zdravotných poisťovní.“

Ministerstvo financií Slovenskej republiky. Dostupný také z WWW:

<<http://www.finance.gov.sk/en/Default.aspx?CatID=10&id=63>>

⁸⁷ European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic, UNCITRAL

⁸⁸ Investment Treaty Arbitration. Dostupný také z WWW: <<http://www.italaw.com/cases/1706>>

⁸⁹ LAVRANOS, Nikos. Member States' Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition? Hague Yearbook of International Law 2011. s. 394

⁹⁰ Nordzucker v. Poland. Germany-Poland BIT (UNCITRAL). 2009. (Nález neveřejný)

⁹¹ Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania. ICSID Case No. ARB/05/20

s přizpůsobením svého právního systému, a z toho důvodu přestalo v roce 2004 vyplácet investiční dotace, které bratři Miculovi dříve pobírali.⁹² Na rozdíl od jiných výše zmíněných případů se případ *Micula v. Rumunsko* nezabývá kompatibilitou investičních smluv s právním řádem Evropské unie. Nicméně fascinující podstata věci je založena na požadavku navrhovatelů, kterým je fakticky *restitutio in integrum*. Jinými slovy rozhodčí soud musí čelit možnosti, že přízná straně nárok na vrácení subvencí (státní podpory), kterou dříve dostávali, i když by to bylo v očividném rozporu s právem EU. Pravomoc nařídít takovou formu restitucí soud i předběžně potvrdil.⁹³

Mohlo by to být poprvé, kdy by výkon rozhodčího nálezu byl v rozporu s právním řádem EU. A navíc platí, že rozsudky ICSID jsou přímo vynutitelné, jako kdyby šlo o konečné rozsudky soudů ustavujících států; vnitrostátní soudy členských států tedy mohou být donuceny prosadit vykonání rozhodnutí, které je v rozporu s právními předpisy EU.⁹⁴ Ukazuje se, že kompatibilita národních, mezinárodních a evropských právních řádů je sporná ještě z dalšího pohledu. Zatímco rozhodčí soudy nakonec nedovolily obžalovaným členským státům v uvedených případech ochránit se před povinností zaplatit investorům náhradu škody, i když k tomu nakonec nedošlo, rozhodčí soud *Micula v. Rumunsko* reálně mohl rozhodnout v rozporu se současným právním řádem jak v Rumunsku, tak v Evropské unii tím, že by přikázal obžalovanému státu obnovit podmínky pro investice namísto náhrady.

⁹² Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania. ICSID Case No. ARB/05/20. Para. 46

⁹³ Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania. ICSID Case No. ARB/05/20 para. 168:

'The Tribunal therefore does have the powers to order restitution, both under the ICSID Convention and the BIT, and thus cannot uphold Respondent's objection as an objection to jurisdiction and admissibility. Ultimately, whether restitution is an appropriate remedy, and whether restitution or compensation should be ordered, are questions properly addressed at the merits phase of the proceedings.'

⁹⁴ Článek 53 Washingtonské úmluvy (ICSID)

3.5. Shrnutí vývoje údajného právního konfliktu

Pokud jde o argumenty Komise proti bilaterálním investičním smlouvám, většina členských států s nimi nesouhlasila a všechny rozhodčí soudy zamítly požadavky Komise nebo tvrzení oportunistických členských států. Soudní dvůr Evropské unie se dosud nevyjádřil.

4. Analýza údajné neslučitelnosti smluv s právními normami Evropské unie

Evropská komise zpochybnila kompatibilitu bilaterálních investičních smluv s právními předpisy EU a tvrdila, že Rakousko, Švédsko a Finsko neučinily kroky k odstranění neslučitelnosti týkající se převodu kapitálu.⁹⁵ Od té doby Komise doporučuje členským státům ukončit intra-unijní investiční smlouvy.⁹⁶ Dále Komise aktivně předložila dopisy rozhodčím tribunálům, například v případech *Eureko v. Slovensko*⁹⁷ a *Eastern Sugar v. Česká republika*.⁹⁸ Komise s výlučnou pravomocí také vyjednala několik smluv vztahujících se k externím investicím.⁹⁹ Situace dále kulminovala návrhem přechodného režimu pro extra-unijní investiční smlouvy.¹⁰⁰ Toto nařízení bylo přijato EU o dva roky nato.¹⁰¹

Institucionální reakce Evropské komise na interferenci bilaterálních investičních smluv a právního řádu EU vycházela z čl. 351 Smlouvy o fungování EU, v níž se uvádí, že v případě rozporu mezi mezinárodními závazky vyplývajícími

⁹⁵ Case C-205/06, *Commission v. Austria* [2009] ECR I-1301; Case C-249/06, *Commission v. Sweden* [2009] ECR I-1335; C-118/07 *Commission v. Finland* [2009] ECR I-1301

⁹⁶ Velká Británie, Belgie, Nizozemsko, Dánsko a Česká republika tomuto neodporovaly.

PETERSON, Luke Eric. Countries like Denmark and Czech Republic working to terminate investment treaty; not all EU member-states agree with Czech view that intra-EU treaties are unnecessary. In *Investment Arbitration Reporter*. 2009. Vol.2, No.12 p.8

⁹⁷ *Eureko B.V. v. the Slovak Republic* PCA 2008-13

⁹⁸ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award)* SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007)

⁹⁹ Např.: Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, 15 October 2008, [2008] O.J. L289/I/3.

¹⁰⁰ European Commission. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Treaties between EU Member States and Third Countries. 2010.

¹⁰¹ NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi

z předvstupních smluv a právním řádem EU mají být tyto smlouvy upraveny nebo odstraněny ve prospěch závazku vůči právu EU.¹⁰² Jediné omezení zásady přednosti práva EU je pravidlo uvedené v čl. 351 Smlouvy o fungování EU, které chrání smluvní závazky členských států uzavřené předtím, než se staly součástí Evropské unie, a vyžaduje, aby členské státy odstranily jakékoli prokázané neslučitelnosti ve prospěch práva EU.¹⁰³ Nicméně definitivní odsouzení předvstupních smluv nebylo moc často formálně uplatňováno a úpravy právních řádů členských států byly součástí předvstupních požadavků na sladění s *acquis* Unie.¹⁰⁴

Kořeny problému výše popsaného sporu spočívají v překrývání bilaterálních investičních smluv a práva EU. V tomto směru byly identifikovány následující problémy právních nesouladů:

- A. Neplatnost/neaplikovatelnost bilaterálních smluv na ochranu investic po vstupu do Evropské unie z důvodu nadřazenosti práva EU
- B. Nedostatečné nakládání s kapitálovými transfery v bilaterálních smlouvách na ochranu investic v kontrastu s regulací vnitřního trhu EU

¹⁰² Článek 351 Smlouvy o fungování Evropské unie:

„Práva a povinnosti vyplývající ze smluv uzavřených před 1. lednem 1958 nebo pro přistupující státy přede dnem jejich přistoupení mezi jedním nebo několika členskými státy na jedné straně a jedním nebo několika třetími zeměmi na straně druhé nejsou Smlouvami dotčeny. Pokud jsou uvedené smlouvy neslučitelné se Smlouvami, použije příslušný členský stát či členské státy všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností. V případě potřeby si členské státy poskytnou vzájemnou pomoc k dosažení tohoto cíle a zaujmou případně společný postoj. Při používání smluv uvedených v prvním pododstavci členské státy přihlížejí k tomu, že výhody poskytované ve Smlouvách každým z členských států jsou nedílnou součástí založení Unie, a jsou proto neoddělitelně spojeny s vytvořením společných orgánů, se svěřením pravomocí těmto orgánům a s poskytováním stejných výhod všemi ostatními členskými státy.“

¹⁰³ DE WITTE, Bruno. Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union. In DE BURCA, Grainne; SCOTT Joanne. *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility*. 2000. HP. s. 46

¹⁰⁴ LAVRANOS Nikolaos. Protecting European Law from International Law. *European Foreign Affairs Review* 15. 2010. s. 268

- C. Diskriminace investorů přicházejících z členských států, které nepodepsaly bilaterální investiční smlouvu, ve srovnání s investory z členských států s uzavřenou smlouvou
- D. Nekompatibilita investičních arbitrží při uplatňování právních předpisů EU

V kontrastu ke čtyřem případům možného překrývání bilaterálních smluv na ochranu investic a právních předpisů EU, právo EU a intra-unijní smlouvy jednoznačně neposkytují stejná hmotněprávní pravidla v oblasti práv soukromého vlastnictví proti vyvlastnění, pokud by mělo dojít k narušení vlastnického práva.¹⁰⁵

4.1. Neaplikovatelnost bilaterálních smluv na ochranu investic kvůli nadřazenosti práva EU

Argumenty zvažující neaplikovatelnost těchto smluv byly mimo jiné vyjádřeny v oficiálním dopise ze sekce Evropské komise pro vnitřní trh a služby z ledna 2006 určeném tribunálu posuzujícím případ *Eastern Sugar v. Česká republika*. V dopise bylo uvedeno: ‘...where the EC Treaty or secondary legislation are in conflict with some of these BITs’ provisions – or should the EU adopt such rules in the future – Community law will automatically prevail over the non-conforming BIT provisions.’¹⁰⁶

Aby bylo možné analyzovat údajný konflikt, je nezbytné rozmotat klubko, na jehož jednom konci jsou intra-unijní a na druhém extra-unijní bilaterální smlouvy na ochranu investic. Článek 351 Smlouvy o fungování EU, v němž se říká, že nelze zajistit mezinárodní závazky členských států neslučitelné s právem EU, které byly uzavřené před vstupem do Evropské unie, je aplikovatelný pouze na smlouvy

¹⁰⁵ DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 66

¹⁰⁶ Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para. 119

uzavřené mezi členskými státy a třetími zeměmi.¹⁰⁷ Pokud se státům nepodaří odstranit nesoulad v dohodách se třetími zeměmi, pak tyto dohody musejí být vypovězeny. Členské státy mohou volit úpravu nekompatibilní smlouvy,¹⁰⁸ ale neúspěšné jednání se třetí zemí nemůže odůvodnit nesplnění povinnosti členských států podle právních předpisů EU.¹⁰⁹ V tomto případě nelze vyloučit povinnost vypovědět smlouvu, která je v rozporu s právním řádem EU.¹¹⁰

Pokud jde o intra-unijní bilaterální smlouvy na ochranu investic, mohou porušovat právo EU pouze v případě, pokud závazky z nich vyplývající nerespektují nadřazenost práva EU.¹¹¹ Proto jsou tyto smlouvy stále aplikovatelné, dokud nebudou účinně vypovězeny.¹¹² Tento názor byl již zdokumentován v odůvodnění tribunálu v případě *Eastern Sugar*.¹¹³ Snaha zabránit podobným normativním konfliktům mezinárodního a unijního práva byla v poslední době transformována do včleňování tzv. odpojovacích klauzulí (*disconnection clause*), kdy členské státy EU, pokud se stávají signatáři nějaké mezinárodní smlouvy, prohlašují, že jsou

¹⁰⁷ BISCHOFF, Jan Asmus. Just a Little BIT of ‘Mixity’? The EU’s Role in the Field of International Investment Protection Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 1547

¹⁰⁸ Joined Cases C-171/98, C-201/98 and C-202/98 Commission v. Belgium and Luxembourg [1999] ECR I-5517 Para. 38

¹⁰⁹ Case C-170/98 Commission v. Belgium [1999] ECR I-5493 para. 42

¹¹⁰ Case C-216/01 Budějovický Budvar v. Rudolf Ammersin GmbH [2000] ECR I-5215 para.170; Commission v. Portugal [2000] ECR I-5171

¹¹¹ DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s.70

¹¹² BURGSTALLER, Markus. European Law and Investment Treaties. *Journal of International Arbitration* 26 (2). 2009. p. 189; SODERLUND, Christian. Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty. *Journal of Investment Arbitration* 24(5). p. 457; LAVRANOS, Nikos. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. *LP ICT* 9. 2010. p. 435; ŠTURMA, Pavel. Bilateral Investment Treaties and the EU Law. *Notitiae ex Academia Bratislavensi Iurisprudentiae* 1/2010. s. 8

¹¹³ BURGSTALLER, Markus. European Law Challenges to Investment Arbitration. In WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; CHUNG, Kyo-Hwa Liz, aj. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. 2010. s. 464

vázány předmětem smlouvy pouze do té míry, pokud není tento předmět omezen právními předpisy EU.¹¹⁴

Platnost ochrany investic zaručené bilaterálními investičními smlouvami byla rovněž zpochybněna ve výše uvedené věci *Komise v. Slovenská republika*.¹¹⁵ Rozsudek znamenal konec úvahám, zda se švýcarská energetická společnost ATEL může spoléhat na preferenční zacházení zaručené slovensko-švýcarskou smlouvou na úkor ostatních uživatelů, kteří usilují o přístup k síti, jak je stanoveno ve směrnici 2003/54/EC.¹¹⁶ Tato směrnice stanoví podmínky přístupu třetích stran k energetické síti a prosazuje nediskriminační jednání, čímž je v rozporu se smluvními zárukami mezi firmou ATEL a státní agenturou SEPS. Soud rozhodl, že přednostní přístup spadá v dané smlouvě do definičního rozsahu investice, a přiznal její ochranu, protože zrušení preferenčního jednání by se rovnalo vyvlastnění.¹¹⁷ Jinými slovy, bilaterální smlouvy o ochraně investic mohou být budoucím legislativním procesem v Evropské unii zrušeny, ale do té doby zůstávají v platnosti, i když mohou být v rozporu s právními předpisy EU, což platilo u případu *Komise v. Slovenská republika*.

Od členských států se však očekává, že se podřídí nadřazenosti práva EU, a proto v případě, že jejich intra-unijní bilaterální investiční smlouvy nejsou v souladu

¹¹⁴ LICKOVA, Magdalena. European Exceptionalism in International Law. *European Journal of International Law* Vol. 19 No. 3. 2008. s. 485

¹¹⁵ Case 264/09 Commission v. Slovak Republic

¹¹⁶ Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC

¹¹⁷ Case 264/09 Commission v. Slovak Republic para.48:

„Vzhledem k tomu, že by takováto výpověď dotčené smlouvy měla za následek, že by společnosti ATEL byla odeprána odměna, kterou uvedená smlouva stanoví coby protihodnotu jejího finančního podílu na výstavbě přenosového vedení mezi Krosnem a Lemešany, by tedy takové opatření nepříznivě zasahovalo do práv společnosti ATEL, a mělo by tudíž účinek rovnocenný vyvlastnění ve smyslu článku 6 dohody o podpoře a vzájemné ochraně investic.“

s právním řádem EU, porušují svoji povinnost řídit se nadřazeností práva EU.¹¹⁸ I když bychom mohli tuto povinnost po právu podezřívát z toho, že nepramení z mezinárodního právního závazku, ale z nadřazenosti práva EU,¹¹⁹ v budoucnu mohou stále vznikat konflikty v rámci struktury EU a ambice Unie vytvořit komplexní investiční politiku bez zajištění potřebné právní jistoty. Členské státy Unie se tak dostávají do překerní situace, protože musejí dostát svým závazkům vůči EU, a zároveň se řídit mezinárodním právem. Pokud si mezinárodní právo a právní předpisy EU konkurují, pak je nemožné plně dodržovat mezinárodní závazky a členské státy se musejí řídit mezinárodním právem pouze do té míry, kterou jim umožní zákony EU.¹²⁰ Platnost smlouvy se ve vztahu ke třetí zemi presumuje¹²¹ při porušení vnitřních pravidel mezinárodní organizace dle článku 46 (2) Vídeňské úmluvy o smluvním právu.¹²² Toto však nevylučuje komplikace v úpravě vztahu mezi obligacemi, kterými musí dostát členský stát k třetímu státu s druhotnými povinnostmi dle práva EU.

Nahrazení bilaterálních smluv nadřazenými dohodami EU bylo rozhodčími soudy zamítnuto v případech *Eastern Sugar v. Česká republika* a *Eureko v. Slovensko*. Komise tvrdila, že tam, kde existuje rozpor s právem EU, pravidlo *pacta sunt servanda* se nevztahuje na dohody mezi členskými státy EU, neboť právní věda stanoví, že právo je nadřazené nejen nad vnitrostátní právní systémy, ale také nad

¹¹⁸ DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 70

¹¹⁹ LEAL-ARCAS, Rafael. The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon. *Legal Studies Research Paper No.64/2010*. s. 504

¹²⁰ BURGSTALLER, Markus. European Law Challenges to Investment Arbitration. In WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; CHUNG, Kyo-Hwa Liz, aj. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. 2010. s. 471

¹²¹ SVOBODA, Pavel. Právo vnějších vztahů EU. C. H. Beck. 2010. s. 68

¹²² Článek 46 Vídeňské úmluvy o smluvním právu:

„1. Skutečností, že při vyjádření souhlasu státu s tím, že bude vázán smlouvou, došlo k porušení některého z ustanovení jeho vnitrostátního práva týkajícího se oprávnění uzavírat smlouvy, se stát nemůže dovolávat jako důvodu pro zrušení svého souhlasu, ledaže toto porušení bylo zjevné a týká se zvláště důležitého pravidla jeho vnitrostátního práva.

2. Porušení je zjevné, jestliže je objektivně zřejmé kterémukoliv státu postupujícímu v této věci podle obvyklé praxe a v dobré víře.”

bilaterální dohody uzavřenými mezi členskými státy.¹²³ Soud však správně poukázal na to, že bilaterální investiční smlouvy uzavřené v rámci EU by neměly být použitelné pouze v případech, kde se pozdější evropské smlouvy vztahují na stejnou věc a kde by nebylo možné aplikovat obě smlouvy současně.¹²⁴ To znamená, že pouhé překrývání nepostačí a že pravidla, kterých se to týká, by musela být v rozporu. Názor přednesený tribunálem ve věci *Eureko v. Slovensko* byl později přijat samotnou Komisí.¹²⁵ Ve srovnání s případem *Eureko* projevila Komise ve věci *Eastern Sugar* nekonzistentní postoj, když tvrdila, že efektivní prevalence práva EU nemusí nutně anulovat bilaterální investiční smlouvy nebo uplatňování jejich ustanovení.¹²⁶ Nicméně argumentace o překrývání předpisů v bilaterálních investičních smlouvách s právními předpisy EU vynesla na světlo konkrétní problémy ochranných mechanismů a debata se zaměřila i na otázky typu zda a jaké formy ochrany investic (např. režim rovného a spravedlivého zacházení, vyvlastnění, atd.) v bilaterálních investičních smlouvách se překrývají s právem EU.¹²⁷

Následující odstavce se zabývají investičními zárukami, které se řídí právními předpisy EU i bilaterálními smlouvami a bude na ně pohlíženo z hlediska práva EU, protože mezinárodní právo nemůže poskytnout odpověď na otázku, zda existují podstatné kolize pravidel. Článek 30 (3) VÚSP,¹²⁸ který je relevantní ve věcech

¹²³ *Eureko v. Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 2010. para. 180

¹²⁴ Článek 59 Vídeňské úmluvy o smluvním právu

¹²⁵ Vyjádření Komise v dopisu k arbitrážnímu panelu v případě *Eureko proti Slovensku*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 2010. odst. 192

¹²⁶ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award)* SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para.119

¹²⁷ To též zmíněno Komisí v jejím dopise rozhodčímu v *Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award)* SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para. 119(a)

¹²⁸ Článek 30(3) Vídeňské úmluvy o smluvním právu:

„Jsou-li všechny smluvní strany dřívější smlouvy též stranami smlouvy pozdější, aniž podle článku 59 dřívější smlouva zanikla nebo její provádění bylo přerušeno, provádí se dřívější smlouva pouze v tom rozsahu, v jakém jsou její ustanovení slučitelná s ustanoveními smlouvy pozdější.“

právního souběhu zákonů, stanoví pouze to, že dřívější smlouvy jsou aplikovatelné jen tehdy, jsou-li v souladu s pozdější smlouvou.¹²⁹

4.2. Nedostatečné nakládání s kapitálovými převody v bilaterálních investičních smlouvách v protikladu k regulaci vnitřního trhu EU

Evropská komise tvrdila, že členské státy musejí odstranit jakékoli neslučitelnosti mezi ustanoveními o volném pohybu kapitálu v bilaterálních investičních smlouvách a právem EU.¹³⁰ Jádrem sporu byla potenciální neschopnost členských států reagovat promptně a efektivně na omezení převodu kapitálu. Volný převod finančních prostředků je přitom ústředním pilířem bilaterálních investičních smluv.¹³¹

Švédsko a Rakousko odmítly tvrzení Komise a svoji argumentaci založily na tom, že hypotetická neslučitelnost bilaterálních investičních smluv s právními předpisy EU není dostačující, neboť nespadá pod článek 307 Smlouvy o fungování EU, a Komise v této věci nikdy nevydala žádnou legislativu.¹³² Švédsko také tvrdilo, že ochranná opatření uvedená v článcích 64, 66 a 75 Smlouvy o fungování EU lze provádět pouze ve výjimečných a jasně vymezených případech, a bude-li to nutné, je možné použít *clausula rebus sic stantibus* k případnému omezení kapitálových toků.¹³³

¹²⁹ DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 75

¹³⁰ Mezinárodní smlouvy možné doplnit, vypovědět, nebo dočasně suspendovat. Komise nicméně tvrdí, že suspense nebo vypovězení nemůže být jako opatření efektivní.

Case C-249/06 Commission of the EC v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 41

¹³¹ JOHN, Taylor St. *Multilateral Liberalization through Bilateral Treaties*. Globalization and Finance Project. University of Oxford. s. 3

¹³² Case C-249/06 Commission of the EC v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 18-20

¹³³ Case C-249/06 Commission of the EC v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 23

Clausula rebus sic stantibus je zásada, která je zakotvena v čl.62 Vídeňské úmluvy o smluvním právu.¹³⁴ Čl.62 z VÚSP umožňuje pozastavit smlouvy na základě nepředvídaných následků. Švédsko s podporou dalších členských států považovalo tento princip za řešení střetu bilaterálních smluv a práva EU.¹³⁵ Soudní dvůr Evropské unie však tuto argumentaci nepřijal.

Clausula rebus sic stantibus umožňuje pozastavit smlouvu na základě nepředvídaných následků¹³⁶ a lze ji použít namísto argumentace Soudního dvora Evropské unie. Tento princip by bylo možné považovat za kodifikaci existujícího obvyčejového práva na ukončení smlouvy. Mezinárodní právo jej připouští pouze za zvláštních okolností,¹³⁷ a to jen výjimečně,¹³⁸ což Soudní dvůr Evropské unie sám zohlednil při své adjudikaci.¹³⁹ Má-li být doktrína změněných okolností přijata,

¹³⁴ Článek 62 Vídeňské úmluvy o smluvním právu:

1. Podstatné zmeny poměrů, která nastala se zřetelem na poměry existující v době uzavření smlouvy a která předtím nebyla stranami předvídána, se nelze dovolávat jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, ledaže: a) existence těchto poměrů tvořila podstatný základ souhlasu stran s tím, že budou vázány smlouvou, a b) tato změna zásadně mění rozsah závazků, které mají být podle smlouvy ještě plněny.

2. Podstatné zmeny poměrů se nelze dovolávat jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, jestliže: a) jde o smlouvu, která stanoví státní hranice; nebo b) podstatná změna je důsledkem toho, že strana, která se jí dovolává, porušila buď závazek plynoucí ze smlouvy nebo jakýkoliv jiný mezinárodní závazek, který převzala vůči kterékoliv druhé straně smlouvy.

3. Jestliže se strana podle předchozích odstavců může dovolávat podstatné změny poměrů jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, může se rovněž dovolávat této změny jako důvodu pro přerušování provádění smlouvy.

¹³⁵ Na podporu Švédska intervenovali Maďarsko, Litva a Finsko.

Case C-249/06 Commission of the EC v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 23

¹³⁶ Marchioso tvrdí, že zásada rebus sic stantibus je základním principem mezinárodního smluvního práva a nabádá v její častější aplikaci.

MARCHIOSO, Giacomo. Rebus Sic Stantibus: A Comparative Analysis for International Arbitration. 2012. s. 23 Dostupný také z WWW: <<http://ssrn.com/abstract=210364>> nebo též <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103641>>

¹³⁷ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, ICJ Reports 1973 p.3 para. 36

¹³⁸ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, ICJ Reports 1973 p.3 para. 36

¹³⁹ Case C-162/96 Racke v Hauptzollamt Mainz [1998] ECR I-3655

VÚSP vyžaduje, aby tyto okolnosti byly nezbytným základem souhlasu obou stran [čl. 62 (1a)], a že tuto změnu okolností je třeba radikálně transformovat do rozsahu povinností [čl. 62 (1b)]. Pokud byla podpora investic rozhodujícím důvodem pro podepsání smlouvy o jejich ochraně (např. Česká a Slovenská republika)¹⁴⁰ [podmínka čl. 62 (1a)], pak tehdejší stát - v současné době se jedná o dva členské státy EU - nemohl důvodně předpokládat vstup do EU a z něj vyplývající konflikt norem mezi bilaterální investiční smlouvou a právem EU. Pokud by tedy bylo shledáno, že právní předpisy EU se nacházejí v rozporu s těmito investičními smlouvami, členské státy by se musely přizpůsobit právu EU, což by jim bránilo udělit investorům status zamýšlený dohodami [radikální transformace povinností: podmínka čl. 62 (2a)].

Podle Lavranose však Soudní dvůr Evropské unie neposkytl argumenty proti takové základní zásadě mezinárodního práva.¹⁴¹ Soud prohlásil, že předložená opatření nemohou naplnit závazky práva EU ze dvou důvodů. Za prvé proto, že otevírat diskusi nebo mezinárodní jednání je ve své podstatě nepraktické a neefektivní.¹⁴² Za druhé, protože pozastavení nebo vypovězení smluv je ve svých účincích příliš nejisté.¹⁴³ Jinými slovy, stanovisko Komise a Soudního dvora Evropské unie jasně vychází z předpokladu, že členské státy nemusí jednat správně nebo dostatečně rychle, a proto je lepší, aby bilaterální dohody byly ukončeny místo jejich pozastavení, opětovného vyjednání nebo žaloby.

¹⁴⁰ Viz též preambule bilaterální investiční smlouvy mezi Nizozemskem a Českou a Slovenskou federativní republikou:

'Desiring to extend and intensify the economic relations between them particularly with respect to investments by the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded to such investments will stimulate the flow of capital and technology and the economic development of the Contracting Parties and that fair and equitable treatment is desirable...'

¹⁴¹ LAVRANOS, Nikos. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. 2010. *LPICT* 9. s. 422

¹⁴² Case C-249/06 Commission of the EC v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 39-40

¹⁴³ Case C-249/06 Commission of the EC v. Kingdom of Sweden [2009] ECR I-1335 para. 41

Na jedné straně Unie obecně usiluje o řádně fungující systém boje proti terorismu, a to zejména v oblasti finančních toků. Po boji proti hierarchii norem práva OSN a právních předpisů EU, která byla uzavřena ve prospěch práva EU ve věci *Kadi*,¹⁴⁴ se zdá, že EU pokračuje v podobném boji proti investičním smlouvám.¹⁴⁵ Právní nesoulad obdobného typu je také možné shledat v problémech interpretace a aplikace Montrealské úmluvy¹⁴⁶ s unijním Nařízením 261/2004,¹⁴⁷ které sdílí část své úpravy, a překrývají se například v definici zpoždění letu, která je pro kompenzace leteckých pasažerů poměrně zásadní. Způsob zasahování spotřebitelských práv upravených v Nařízení do úpravy Úmluvy může způsobit nepochopení;¹⁴⁸ rozdíl mezi Montrealskou úmluvou a úpravou investic je nicméně

¹⁴⁴ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities [2008] ECR I-06351, para. 304-305:

„Článek 307 ES totiž v žádném případě neumožňuje zpochybnit zásady, které patří mezi samotné základy právního řádu Společenství, mezi nimi zásady ochrany základních práv, která zahrnuje přezkum legality aktů Společenství soudem Společenství z hlediska jejich souladu se základními právy. Soudní imunita sporného nařízení, pokud jde o přezkum slučitelnosti tohoto nařízení se základními právy, která vychází z údajné absolutní přednosti rezolucí Rady bezpečnosti, které jsou prováděny tímto aktem, se nemůže opírat ani o postavení, které by zaujímaly závazky vyplývající z Charty Spojených národů v hierarchii norem v rámci právního řádu Společenství, kdyby tyto závazky byly v této hierarchii zařazeny.“

¹⁴⁵ Rozsudek SDEU z roku 2008 radikálně redefinoval vztah mezi právem Evropské unie a mezinárodním právem jako takovým. Příklad se týkal odvolání jednotlivce proti implementace rezoluce Organizace spojených národů ve věci aktivit teroristů orgány Unie. Implementační opatření byla ve výsledku zneplatněna, protože byla shledána v rozporu s ochranou základních práv Evropské unie. Rozsudek zaujímá stěžejní pozici v právu Evropské unie a pozitivně na něho zareagovaly především lidskoprávní společnosti. De Burca nicméně zmiňuje, že SDEU narušil *‘sebereprezentaci Evropské unie jako ctnostného aktéra mezinárodní scény v protikladu k vyjimečnosti pozice Spojených států amerických’* a podtrhl dualismus mezinárodního a národního práva/práva EU.

DE BURCA, Grainne. The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi. *Harvard International Law Journal*. 2009. Vol.1, No. 51. s. 1-2

¹⁴⁶ Úmluva o sjednocení některých pravidel o mezinárodní letecké přepravě podepsaná v Montrealu 28. května 1999

¹⁴⁷ Nařízení EP a Rady (ES) č. 261/2004 ze dne 11. února 2004, kterým se stanoví společná pravidla náhrad a pomoci cestujícím v letecké dopravě v případě odepření nástupu na palubu, zrušení nebo významného zpoždění letů a kterým se zrušuje nařízení (EHS) č. 295/91

¹⁴⁸ Dempsey a Johansson zpochybňují motivaci Unie upravovat otázky upravené konvencí, když to byla právě Unie, které zásadně přispěla k vyjednávání Montrealské úmluvy jako takové, a take ji

zásadní v tom, že nesoulad investičních smluv a Evropského práva není v hmotných garancích dané investorovi, ale spíše procesních či institucionálních (nediskriminace; neexistence nařízení ohledně investic na rozdíl od úpravy letecké dopravy v Nařízení 261/2004)

Pokud jde o konflikt práva EU a bilaterálních smluv, argumentace na podporu protiprávnosti smluv ze strany Soudního dvora Evropské unie prakticky eliminuje možnost, aby se členské státy EU mohly spolehnout na článek 351 Smlouvy o fungování Evropské unie, aby mohly ospravedlnit své odmítnutí sladit své obligace s právem EU.¹⁴⁹

Za druhé, pouze hypotetická neslučitelnost ustanovení o převodech kapitálu je problematická, protože je známo, že bilaterální dohody se nikdy nepodepisují se státy, u nichž je pravděpodobnost, že by mohly být dotčeny zmrazením.¹⁵⁰ Také dosud nikdy nedošlo k žádným obtížím, protože Komise ještě nikdy neuplatnila své pravomoci vůči stranám mimo EU.¹⁵¹ Nicméně argument o hypotetické neslučitelnosti se vztahuje pouze na pohyb kapitálu do a ze třetích zemí. Pro analýzu investičního prostředí v rámci EU stačí konstatovat, že bilaterální investiční smlouvy v rámci EU nepodléhají stejným omezením jako extra-unijní smlouvy. Nekompatibilita v případech s Rakouskem, Švédskem a Finskem byla uplatněna v

Unie, a všechny její členské státy ratifikovaly, což podle nich zpochybňuje úmysl sjednocení právní úpravy v letecké dopravě.

DEMPSEY, Paul; JOHANSSON, Svante. Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage. *Air & Space Law* Vol. 35, No. 3, p. 207. 2010. s. 224

¹⁴⁹ LAVRANOS, Nikos. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. 2010. *LPICT* 9. s. 421

¹⁵⁰ DENZA, Eileen Denza. Investment Treaties and EU Rules on Free Transfer. 2010. *35 European Law Review*. s. 272

¹⁵¹ DENZA, Eileen Denza. Investment Treaties and EU Rules on Free Transfer. 2010. *35 European Law Review*. s. 272

souvislosti s články 64, 66 a 75 Smlouvy o fungování EU, které nejsou relevantní pro neslučitelnost bilaterálních smluv uvnitř EU.¹⁵²

Obavy o rychlost akcí proti převodům finančních prostředků souvisejících s trestnou činností se projeví i v nedávném návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady, která se týká zmrazení a konfiskace výnosů z trestné činnosti v Evropské unii.¹⁵³ Z článku 7 návrhu umožňujícího provést zmrazení ještě před rozhodnutím soudu, které ovšem musí být co nejdříve soudem potvrzeno, vyplývá předpoklad, že soudy možná nebudou tak rychlé, jak by bylo žádoucí. Úřady uvažující o zmrazení pracují pod obrovským časovým tlakem, což je důvodem, proč musejí zakročit orgány činné v trestním řízení. Nicméně vzhledem k tomu, že soudy nemusí jednat dostatečně účinně, argumentace Soudu relativně bledne. Soudní dvůr Evropské unie totiž tvrdil, že *clausula rebus sic stantibus* nebo opětovné projednání není přesvědčivým argumentem, protože není účinná,¹⁵⁴ a proto by měly rozhodovat vnitrostátní soudy, které budou účinnější.

Také opatření OSN týkající se omezení kapitálových toků se připravují měsíce předem, a z tohoto důvodu by se členské státy neměly ocitnout v pasti legislativních překážek ve snaze vyhovět.¹⁵⁵ Tento argument vyvrací argumentaci Soudního dvora Evropské unie týkající se nevhodnosti *clausula rebus sic stantibus*, jelikož nedostatečná rychlost vypovězení investičních smluv byla prohlášena za

¹⁵² DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 79

¹⁵³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of Crime in the European Union. Brussels, 12.3.2012. COM(2012) 85 final. 2012/0036 (COD). s. 8. Dostupný také z WWW:

<http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/20120312/1_en_act_part1_v8_1.pdf>

¹⁵⁴ Case C-205/06, Commission v. Austria [2009] ECR I-1301 para. 39

¹⁵⁵ LAVRANOS, Nikos. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. 2010. *LPICT* 9. s. 422

důvod pro zamítnutí samotného principu.¹⁵⁶ *Clausula rebus sic stantibus* může být aplikována okamžitě.

I přesto, že předchozí analýza poukazuje na nedostatky v argumentaci Soudního dvora Evropské unie, platí, že převod kapitálu je zaručen různými bilaterálními smlouvami uzavřenými členskými státy. Pokud by tedy některé investiční smlouvy měly být znovu projednány nebo vypovězeny, existuje velká pravděpodobnost, že by technicky přetrvával problém nesouladu mezi smlouvami některých členských států kvůli doložce nejvyšších výhod, jež je společným rysem investičních smluv členských států EU. Nové projednání všech smluv tak, aby byly v souladu s činy Unie a očekáváním Komise, by umožnilo provádět převody kapitálu podobným nediskriminačním způsobem, prostřednictvím porovnání všech kapitálových ustanovení členských států v jejich bilaterálních smlouvách o ochraně investic. I když vzniklá povinnost opětovného projednání není čistě právní argument, Denza a Leal-Arcas ubezpečují, že opětovné projednání všech bilaterálních smluv představuje obrovský úkol, který by nepřinesl téměř žádné výhody pro potenciální účinnost¹⁵⁷ a nakonec by uškodil vlastní síle tohoto nástroje.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Case C-205/06 Commission of the European Communities v. Republic of Austria. [2009] ECR I-1301. Para. 40:

„In the second place, the possibility of relying on other mechanisms offered by international law, such as suspension of the agreement, or even denunciation of the agreements at issue or of some of their provisions, is too uncertain in its effects to guarantee that the measures adopted by the Council could be applied effectively.“

¹⁵⁷ DENZA, Eileen Denza. Investment Treaties and EU Rules on Free Transfer. 2010. 35 *European Law Review*. s. 273

¹⁵⁸ *‘It should be stressed that the free transfer provision in Bilateral Investment Treaties have been valuable over four decades because, to an increasing extent, they are precise, detailed and relatively immune from political controversy.’*

DENZA, Eileen Denza. Investment Treaties and EU Rules on Free Transfer. 2010. 35 *European Law Review*. s. 271

Obdobně taktéž LEAL-ARCAS, Rafael. The European Union’s Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon. *Legal Studies Research Paper No.64/2010*. s. 506

Nejdůležitější je však skutečnost, že omezení týkající se převodu kapitálu souvisejí se třetími zeměmi a nikoli s pohybem kapitálu uvnitř EU. Z tohoto důvodu je třeba brát nejen argumentaci Komise proti investičním smlouvám v rámci Evropské unie s výše uvedenými výhradami; omezení uvalená na převody v rámci EU probíhá v odlišném právním kontextu, jak bylo rozhodnuto ve věci *Skatteverket*.¹⁵⁹ Pohyby kapitálu uvnitř EU nelze srovnávat s jeho přesuny ve třetích zemích a v zájmu recipročních závazků vzájemné pomoci a další harmonizace jsou pohyby kapitálu v rámci EU ještě pružnější.¹⁶⁰ A navíc je také obtížné, ale nikoli nemožné představit si, že by členské státy EU čelily opatřením OSN vedoucím ke zmrazení volného převodu kapitálu. Z tohoto důvodu záruky volného převodu kapitálu obsažené v investičních smlouvách mezi členskými státy Evropské unie nezasahují do práva EU.

¹⁵⁹ C-101/05 *Skatteverket v A* [2007] ECR I-11531. odst. 36,37:

„36: Z judikatury Soudního dvora mimoto vyplývá, že rozsah, ve kterém tak jsou členské státy oprávněny uplatňovat určitá omezující opatření týkající se pohybu kapitálu, nemůže být stanovován bez zohlednění okolnosti zdůrazněné několika vládami, které předložily Soudnímu dvoru svá vyjádření, že pohyb kapitálu do nebo ze třetích zemí probíhá v odlišném právním kontextu než pohyb kapitálu uvnitř Společenství.; 37: Z důvodu stupně právní integrace existující mezi členskými státy Evropské unie a zejména existence takových legislativních opatření Společenství týkajících se spolupráce mezi vnitrostátními daňovými orgány, jako je směrnice 77/799/EHS, tak zdaňování hospodářských činností s přeshraničními aspekty uvnitř Společenství, které provádí členský stát, není vždy srovnatelné se zdaňováním hospodářských činností, které souvisí se vztahy mezi členskými státy a třetími zeměmi (rozsudek ze dne 12. prosince 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, 0446/04, Sb. rozh. s. I-11753, bod 170). Podle Soudního dvora nelze rovněž vyloučit to, že členský stát může prokázat, že je omezení pohybu kapitálu do nebo ze třetí země odůvodněno určitým důvodem za okolností, kdy by tento důvod nemohl představovat platné odůvodnění pro omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy (výše uvedený rozsudek *Test Claimants in the FII Group Litigation*, bod 171).“

¹⁶⁰ „The Court concluded that, in the case at hand, the legal context was indeed different from purely intra-EU capital movement. The reasons were that, first, the relations between Member States are governed by EU legislation, such as Directive 77/799/EEC laying down reciprocal obligations of mutual assistance, including exchange of information. Second, the EU had also adopted harmonisation measures on company accounts that apply in Member States. This allows taxpayers to produce reliable and verifiable evidence on a company established in another Member State. By contrast, the Court found that a non-member State is not required to adopt such harmonisation measures.“

4.3. Diskriminace investorů

Pokud jde o údajnou diskriminaci investorů z členských zemí, jejichž vlády nepodepsaly investiční smlouvu, oproti jiným investorům, kteří mají tuto smlouvu k dispozici, je třeba konstatovat, že Smlouva o fungování Evropské unie ruší jakoukoli diskriminaci při obchodování na základě státní příslušnosti (článek 18), a dále vytváří podmínky pro volný pohyb osob, služeb a kapitálu (čl. 45-66).¹⁶¹ Vzhledem k tomu, že evropské a vnitrostátní systémy jsou vzájemně propojeny, někteří členové se pokusili přelstít tento vysoký standard unijní ochrany prostřednictvím skryté diskriminace a přijímali odlišná opatření na úrovni národních států. Soudní dvůr Evropské unie dospěl k závěru, že jednak je nutné dodržovat zákaz diskriminace na národní úrovni, ale na druhé straně nesmí docházet k tomu, že by samotná opatření vedla k omezování základních svobod Společenství, případně je zbavovala přitažlivosti,¹⁶² s výjimkou věcí obecného zájmu (veřejné pořádek, veřejného zdraví, veřejné bezpečnosti).

¹⁶¹ Článek 36 Smlouvy o fungování Evropské unie:

„Články 34 a 35 nevylučují zákazy nebo omezení dovozu, vývozu nebo tranzitu odůvodněné veřejnou mravností, veřejným pořádkem, veřejnou bezpečností, ochranou zdraví a života lidí a zvířat, ochranou rostlin, ochranou národního kulturního pokladu, jenž má uměleckou, historickou nebo archeologickou hodnotu, nebo ochranou průmyslového a obchodního vlastnictví. Tyto zákazy nebo omezení však nesmějí sloužit jako prostředky svévolné diskriminace nebo zastřeného omezování obchodu mezi členskými státy.“

¹⁶² C-19/92 Kraus v. Land Baden Württemberg [1993] ECR I-1663, para.32:

‘Consequently, Articles 48 and 52 preclude any national measure governing the conditions under which an academic title obtained in another Member State may be used, where that measure, even though it is applicable without discrimination on grounds of nationality, is liable to hamper or to render less attractive the exercise by Community nationals, including those of the Member State which enacted the measure, of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty. The situation would be different only if such a measure pursued a legitimate objective compatible with the Treaty and was justified by pressing reasons of public interest (see to that effect, judgment in Case 71/76 Thieffry v Conseil de l’Ordre des Avocats à la Cour de Pans [1977] ECR 765, paragraphs 12 and 15). It would however also be necessary in such a case for application of the national rules in question to be appropriate for ensuring attainment of the objective they pursue and not to go beyond what is necessary for that purpose (see judgment in Case C-106/91 Ramrath v Ministre de la Justice [1992] ECR I-3351, paragraphs 29 and 30).’

Od samého počátku své existence patřilo k charakteristickým rysům bilaterálních smluv o ochraně investic také spravedlivé a rovné zacházení (FET).¹⁶³ Když byl tento princip napaden ve věci *Eastern Sugar v. Česká republika*, tribunál argumentoval tím, že FET není replikován v evropském právu.¹⁶⁴ FET má v investičních smlouvách zásadní význam a není obsažen v žádné národní nebo evropské legislativě, která obvykle ochraňuje legitimní očekávání investora.¹⁶⁵ Nicméně skutečnost, že investoři z některých zemí mohou požadovat náhradu škody přes FET a z některých ne, je v rozporu¹⁶⁶ se zásadou rovného zacházení v EU.¹⁶⁷ Konflikt tedy nespočívá v hmotných právech pokrytých zásadou spravedlivého a rovného zacházení (např. ochrany legitimního očekávání), ale v procesní části - zda se na ně lze legitimně odvolávat na základě bilaterálních smluv nebo ne. Zatímco FET je společným rysem těchto smluv, není ani jeden členský stát, který by uzavřel takovou smlouvu se všemi ostatními členskými státy, takže by nebylo možné najít jedinou zemi, která by neobcházela zásadu zákazu diskriminace.

Jednou z možností by bylo zajistit, aby výhody plynoucí z volného pohybu kapitálu, FET a jiných výsad obsažených v investičních smlouvách byly jednostranně rozšířeny na všechny evropské investory tak, že budou podniknuty legislativní kroky

¹⁶³ Organisation for Economic Cooperation and Development. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. *Working Papers on International Investment No. 2004/3: Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. 2004. s. 3

Dostupný také z WWW: <<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/33776498.pdf>>

¹⁶⁴ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007)*. Para.164-166

¹⁶⁵ V případě Saluka byla ochrana legitimního očekávání popsána jako nejvýraznější forma rovného a spravedlivého zacházení: *„The standard of “fair and equitable treatment” is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of that standard.”*

Saluka v. Czech Republic, Partial Award (17 March 2006) para. 302

¹⁶⁶ DIMOPOULOS, Angelos. *The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law*. 2011. *CMLR*. Vol. 48. s. 81

¹⁶⁷ Článek 18 Smlouvy o fungování Evropské unie

na evropské úrovni.¹⁶⁸ A navíc, vnímanou kolizi zacházení mezi jednotlivými státy lze vyřešit využitím zákonné výjimky vztahující se k Regionální organizaci hospodářské integrace (REIO), pokud to investiční smlouva umožňuje. Tato úroveň zacházení zajišťuje výjimku z doložky nejvyšších výhod (MFN). Vyloučeným rozsahem doložky nejvyšších výhod by v tomto případě bylo preferenční zacházení s členy EU,¹⁶⁹ což by zajistilo příznivější zacházení členskými státy REIO ve srovnání se stranami mimo EU, s nimiž byly uzavřeny investiční smlouvy. Klausule REIO umožňuje výběr z privilegovaných investorů z jiných členských států REIO, když realizují investice v regionu. Jinými slovy je možné zajistit příznivější zacházení vyplývající z členství v organizaci regionální hospodářské integrace a výjimka REIO zabrání rozšíření této výjimky na ty strany s investičními smlouvami, s nimiž neexistuje takový vzájemný vztah integrace.¹⁷⁰ Při řešení sporu *Electrabel v. Maďarsko*¹⁷¹ rozhodl soud uvedl, že Evropská unie zůstává i nadále organizací regionální hospodářské integrace. Princip REIO se rovněž uplatňuje v GATS.¹⁷² Německý model investičních smluv (2005) obsahuje REIO v článku 3 (3).¹⁷³

¹⁶⁸ Rozšíření práv investorů by ale s sebou pravděpodobně vyžadovalo buď umožnění arbitrážním soudům podat k SDEU předběžnou otázku. Lavranos naopak zmiňuje zřízení specializovaného rozhodčího soudu s právem interpretovat právo EU.

LAVRANOS, Nikos. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. 2010. *LPICT* 9. s. 433; LAVRANOS, Nikos. Member States' Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition? *Hague Yearbook of International Law* 2011. s. 395

¹⁶⁹ DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*. Oxford University Press. 2011. s. 313

¹⁷⁰ UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*. New York and Genoa. 2007. s. 44

¹⁷¹ „It is common ground that the European Union (including the European Commission) was and remains, of course, such a Regional Economic Integration Organisation (“REIO”).“

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary ICSID Case No. ARB/07/19, para 4.142

¹⁷² General Agreement on Trade in Services, Čl. V

¹⁷³ Klausule je formulován takto: „Such treatment shall not relate to privileges which either Contracting State accords to investors of third States on account of its membership of, or association with, a customs or economic union, a common market or a free trade area.“

Německý model bilaterální investiční smlouvy (2005). Dostupný také z WWW:

Soudní dvůr Evropské unie se musel vypořádat s REIO ve věci *Komise v. Rakousko*.¹⁷⁴ Vysvětlení Soudního dvora Evropské unie týkající se odmítnutí tohoto argumentu bylo zcela nedostatečné¹⁷⁵ a nemůže být ponecháno beze zmínky. A co víc, ve věci *Komise v. Rakousko* Soud samotný připustil, že REIO je schopno řešit problém nekompatibility mezi jednotlivými systémy.¹⁷⁶ I přes toto přiznání Soudní dvůr prohlásil, že Rakousku se nepodařilo odstranit neslučitelnost s právním řádem EU.¹⁷⁷

Rozpor mezi připuštěním, že klauzuli REIO lze považovat za řešení nekompatibility, a prohlášením, že Rakousku se nepodařilo odstranit neslučitelnost,

<[http://ebooks.narotama.ac.id/files/The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%207%20Germany%20Model%20BIT%20\(2005\).pdf](http://ebooks.narotama.ac.id/files/The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%207%20Germany%20Model%20BIT%20(2005).pdf)>

¹⁷⁴ Case C-205/06 Commission of the European Communities v. Republic of Austria. [2009] ECR I-1301

¹⁷⁵ LAVRANOS, Nikos. Commission v. Austria. Case C-205/96. Judgment; Commission v. Sweden. Case C-249/06. Judgment. *American Journal of International Law*. Vol.103, No. 4. 2009. s. 716

¹⁷⁶ Case C-205/06 Commission of the European Communities v. Republic of Austria. [2009] ECR I-1301. para. 41-42

¹⁷⁷ Case C-205/06 Commission of the European Communities v. Republic of Austria. [2009] ECR I-1301. Para. 42-45:

„I když připustíme, že taková doložka by v zásadě měla, jak uznala Komise na jednání, být považována za doložku, kterou by mohla být odstraněna zjištěná neslučitelnost, je nesporné, že v případech uvedených Komisí Rakouská republika ve lhůtě stanovené Komisí v jejím odůvodněném stanovisku nepodnikla žádné kroky vůči dotčeným třetím státům, aby odstranila nebezpečí kolize s opatřeními, jež může Rada přijmout na základě čl. 57 odst. 2 ES, článku 59 ES a čl. 60 odst. 1 ES, která může vzniknout při uplatňování investičních dohod uzavřených s těmito třetími státy. Je třeba doplnit, že jak vyplývá z rozsudku vydaného dnešního dne ve věci Komise v. Švédsko (C-249/06, Sb. rozh. s. I-0000), neslučitelnosti se Smlouvou, ke kterým vedou investiční dohody uzavřené s třetími státy, které brání uplatňování omezení pohybu kapitálu a plateb, která může Rada přijmout na základě čl. 57 odst. 2 ES, článku 59 ES a čl. 60 odst. 1 ES, se neomezují na členský stát žalovaný v projednávané věci. Proto je třeba uvést, že podle čl. 307 druhého pododstavce ES si členské státy v případě potřeby poskytnou vzájemnou pomoc k odstranění zjištěných neslučitelností a zaujmou případně společný postoj. V rámci odpovědnosti dbát na provádění Smlouvy, která Komisi přísluší podle článku 211 ES, jí náleží přijmout veškerou iniciativu umožňující zjednodušit vzájemnou pomoc mezi dotyčnými členskými státy, jakož i zaujetí společného postoje uvedenými členskými státy. S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba určit, že Rakouská republika tím, že nepoužila vhodných prostředků k odstranění neslučitelností týkajících se ustanovení v oblasti převodu kapitálu obsažených v investičních dohodách uzavřených s Korejskou republikou, Kapverdskou republikou, Čínskou lidovou republikou, Malajsií, Ruskou federací a Tureckou republikou, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z čl. 307 druhého pododstavce ES.“

je evidentní. Nicméně, aby bylo možné plně vyloučit konfliktní preferenční režimy, klauzule REIO by měla být přítomná ve všech investičních smlouvách EU, aby bylo možné zajistit komplexní výjimku z doložky nejvyšších výhod ve všech členských státech EU. Vzhledem k tomu, REIO umožňuje obcházení doložek nejvyšších výhod ve prospěch členských států REIO, nepoužitelnost ustanovení doložky nejvyšších výhod by mohla vytvářet nové překážky pro investory z jiných než smluvních stran.¹⁷⁸

Skutečnost, že doložka REIO není součástí bilaterálních smluv všech členských států EU, snižuje její skutečnou účinnost při řešení právního konfliktu jako celku. Nicméně tato doložka byla přijata v nejnovějších smlouvách EU. Dimopoulos připomíná, že klauzule REIO byla uzavřena v dohodě o hospodářském partnerství se skupinou států z Karibské oblasti CARIFORUM, v dohodě o volném obchodu s Koreou a v Evropské energetické chartě (Energy Charter Treaty).

Vedle doložky REIO byly podobné normativní konflikty mezinárodního práva a práva EU v poslední době řešeny zařazením odpojovacích klauzulí do smluv, které Unie uzavírala.¹⁷⁹

Ve věci *Matteucciová*¹⁸⁰ se Soudní dvůr Evropské unie zabýval palčivou otázkou rozdílného zacházení s občany různých národností na základě bilaterální smlouvy. Slečna Matteucciová, Italka, zažádala v Belgii, kde žila, o možnost hudebního vzdělávání v Německu. Stipendium jí bylo zamítnuto na základě požadavku státní příslušnosti obsaženého v bilaterální smlouvě mezi Belgií a Německem. Nicméně odepření příznivého zacházení vyplývajícího z bilaterální

¹⁷⁸ UNCTAD. *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*. 2004. s. 47

Dostupný také z WWW: <http://unctad.org/en/docs/iteit20047_en.pdf>

¹⁷⁹ LICKOVA, Magdalena. European Exceptionalism in International Law. *European Journal of International Law* Vol. 19 No. 3. 2008. s. 485

¹⁸⁰ Case 235/87, *Annunziata Matteucci v. Communaute Francaise of Belgium* [1988] ECR 5589

smlouvy na základě státní příslušnosti bylo prohlášeno za nepřipustné.¹⁸¹ Soudní dvůr Evropské unie použil stejnou argumentační strategii v případech *Gravier*,¹⁸² *Grzelczyk*,¹⁸³ *Trojani*,¹⁸⁴ *Bidar*¹⁸⁵ a *Forster*.¹⁸⁶

¹⁸¹ Case 235/87, *Annunziata Matteucci v. Communaute Francaise of Belgium* [1988] ECR 5589 para.16:

'...Consequently, where a Member State gives its national workers the opportunity of pursuing training provided in another Member State, that opportunity must be extended to Community workers established in its territory.'

¹⁸² Case 293/83 *Gravier v City of Liege* [1985] ECR 593, para 26:

„The imposition on students who are nationals of other Member States, of a charge, a registration fee or the so-called ‘minerval’ as a condition of access to vocational training, where the same fee is not imposed on students who are nationals of the host Member State, constitutes discrimination on grounds of nationality contrary to the Article 7 of the Treaty.‘‘

¹⁸³ Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-06193, para 46:

„Z výše uvedeného vyplývá, že články 6 a 8 Smlouvy brání tomu, aby byl nárok na takovou sociální dávku nepřispěvkového typu, jako je minimex, podmíněn, pokud jde o státní příslušníky jiných členských států než hostitelského členského státu, na jehož území uvedení státní příslušníci legálně pobývají, tím, že posledně uvedení spadají do působnosti nařízení č. 1612/68, ačkoli na státní příslušníky hostitelského členského státu se žádná taková podmínka nevztahuje.‘‘

¹⁸⁴ Case C – 456/02 *Trojani v CPAS* [2004] ECR I-7573, para 46:

„V důsledku toho je namístě na druhou otázku odpovědět tak, že občan Unie, který nemá v hostitelském členském státu právo pobytu na základě článků 39, 43 nebo 49 ES, v něm může mít právo pobytu na základě přímé použitelnosti čl. 18 odst. 1 ES. Výkon tohoto práva je podroben omezením a podmínkám upraveným v tomto ustanovení, ale příslušné orgány musí dbát na to, aby byly při použití těchto omezení a podmínek dodrženy základní zásady práva Společenství a zejména zásada proporcionality. Avšak jakmile je ověřeno, že osoba nacházející se v takovém postavení, v jakém se nachází žalobce v původním řízení, má povolení k pobytu, může se tato osoba dovolávat článku 12 ES za tím účelem, aby jí byla přiznána dávka sociální péče, jako je minimex.‘‘

¹⁸⁵ Case C-209/03 *Bidar* [2005] ECR I-02119, para 57-58:

„Co se týče podpory pokrývající životní náklady studentů, členský stát tak oprávněně může udělovat takovou podporu pouze studentům, kteří prokázali určitý stupeň integrace do společnosti tohoto státu. V tomto kontextu nicméně členský stát nemůže vyžadovat od dotčených studentů, aby prokázali vztah k jeho trhu práce. Jelikož znalosti nabyté studentem v průběhu jeho studia na vysoké škole jej obecně nepředurčují k určitému zeměpisnému trhu práce, není totiž situace studenta žádajícího o podporu směřující k pokrytí jeho životních nákladů srovnatelná se situací žadatele o podporu poskytovanou mladým lidem, kteří hledají svoji první práci nebo o dávku při hledání zaměstnání...‘‘

¹⁸⁶ Case – C 158/07 *Forster v IB Groep (Hoofddirectie vn de Informatie Beheer Groep)* [2008] ECR I-8507, para. 49-52:

Případ *Matteuciová* nicméně neposkytuje odpověď na pochybnosti, zda by stejné zacházení mohly žádat i osoby nežijící v dané lokalitě. Jinými slovy, mohli by Italové, kteří nejsou přihlášení k pobytu v Belgii, požádat také o stipendium? Nebo pokud tuto praxi aplikujeme na investorské prostředí, museli by investoři sídlit v členské zemi, aby jim mohlo být přiznáno stejné zacházení?¹⁸⁷

Taková odchylka od režimu národního zacházení a doložky nejvyšších výhod, kterou lze v evropském kontextu chápat jako zásadu zákazu diskriminace v právu EU, se projevila v rozsudku ve věci *Saint - Gobain*.¹⁸⁸ Spor se týkal daňového zacházení s pobočkou francouzské firmy Saint - Gobain v Německu. Německo tvrdilo, že preferenční zacházení na základě daňové smlouvy lze udělit pouze firmám se sídlem v Německu, a to ze dvou důvodů. Za prvé, protože pravomoc uzavírat dvoustranné smlouvy o zamezení dvojího zdanění nespadá do oblasti působnosti

„Soudní dvůr rovněž zdůraznil, že členský stát je oprávněn udělovat podporu pokrývající životní náklady studentů pouze studentům, kteří prokázali určitý stupeň integrace do společnosti tohoto státu (výše uvedený rozsudek Bidar, bod 57). Na základě těchto úvah dospěl Soudní dvůr k závěru, že existence určitého stupně integrace může být považována za prokázanou na základě zjištění, že dotčený student po určitou dobu pobýval v hostitelském členském státě (výše uvedený rozsudek Bidar, bod 59). Co se konkrétně týče slučitelnosti s právem Společenství takového požadavku nepřetržitého pobytu po dobu pěti let, jako je požadavek vnitrostátní právní úpravy dotčené v původním řízení, je třeba přezkoumat, zda takový požadavek může být odůvodněn účelem sledovaným hostitelským členským státem, aby se ujistil o existenci určitého stupně integrace na svém území v případě studentů, kteří jsou státními příslušníky jiných členských států. V projednávaném případě je takový požadavek nepřetržitého pobytu po dobu pěti let vhodný k tomu, aby zajistil, že žadatel o dotčené stipendium na životní náklady je v hostitelském členském státě integrován.“

¹⁸⁷ Pokud jde o fyzické osoby, tak *Cowan* uvádí argumenty pro nediskriminaci v prostředí, kdy národní pravidla porušují svobody vnitřního trhu. Ian William Cowan, britský občan, byl napaden při jeho návštěvě v Paříži a podle francouzských zákonů jen občané s francouzským občanstvím, nebo lidé s trvalým povolením pobytu ve Francii mohly získat odškodnění. SDEU judikoval, že zákaz diskriminace uveden ve Smlouvě o fungování Evropské unie zamezuje tomu, aby pouze občané jedné země získali odškodnění, a tím zvětšil rozsah aplikace principu nediskriminace i na turisty, kteří jsou považováni právem EU za subjekt svobody volného pohybu služeb.

Case 186/87 Ian William Cowan v. Tresor Public (the Treasury) [1989] ECR 195; TOMKIN, Jonathan. Citizenship in Motion: The Development of Freedom of Movement for Citizens in case law of the Court of Justice of the European Union. In GUILD, Elspeth; MINDERHOUD, Paul. *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*. 2012. MNP. s. 27

¹⁸⁸ C-307/97 Campagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt I-3161

Unie,¹⁸⁹ a pokud na Evropské úrovni absentují sjednocující, harmonizační opatření, pak jednají členské státy na bilaterální úrovni a mají svobodu recipročně zabránit dvojímu zdanění. Za druhé, Německo uvedlo, že diskriminace mezi rezidentními společnostmi a společnostmi se sídlem jinde pramení z jejich zcela odlišného daňového postavení, protože nerezidentní společnosti mají některé výhody, které místní firmy nemají.¹⁹⁰ Soudní dvůr Evropské unie nepřijal argumenty Německa a prohlásil, že členské státy nemohou ignorovat pravidla EU ani v oblasti přímých daní, i když je to záležitost spadající do jejich vlastní pravomoci.¹⁹¹ Národní jakož i bilaterální mezinárodní daňové smlouvy musejí být v souladu s právem EU.¹⁹² Pokud jde o rozdíl mezi rezidenty a nerezidenty, Soudní dvůr rozhodl, že výhody musí být uděleny oběma.¹⁹³

Německo tedy muselo rozšířit preferenční zacházení i na společnosti, které mají sídlo v jiné než signatářské zemi - v tomto případě ve Francii. De Witte konstatuje, že smlouvy o zamezení dvojího zdanění jako takové jsou automaticky nastaveny ve prospěch nerezidentů, což by mělo být v souladu s cíli politiky EU.¹⁹⁴ Bilaterální daňové smlouvy a investiční dohody jsou podobné, protože spadají do

¹⁸⁹ C-307/97 *Campagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt I-3161* para.54

¹⁹⁰ C-307/97 *Campagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt I-3161* para.46-49, 52

¹⁹¹ C-307/97 *Campagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt I-3161* Para.57

¹⁹² LAULE, Gerhard Laule; WEBER, Robert. *Harmonisation of the Tax Systems in Europe Judgements of the European Court of Justice.* s. 21

¹⁹³ C-307/97 *Campagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt I-3161* Para.58:

'In the case of a double-taxation treaty concluded between a Member State and a non-member country, the national treatment principle requires the Member State which is party to the treaty to grant to permanent establishments of non-resident companies the advantages provided for by that treaty on the same conditions as those which apply to resident companies.'

¹⁹⁴ DE WITTE, Bruno. *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union.* In DE BURCA, Grainne; SCOTT Joanne. *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility.* 2000. HP. s. 46

pravomoci členských států. Pokud bychom aplikovali odůvodnění z případu *Saint-Gobain* na bilaterální smlouvy o ochraně investic, pak by odlišné zacházení s investory z členských států s bilaterální smlouvou nebo bez ní bylo neomluvitelné a neslučitelné s právem EU.

Při jiné příležitosti Soudní dvůr Evropské unie posuzoval rozšíření preferenčního zacházení. Ve věci *Gottardo*¹⁹⁵ Soudní dvůr objasnil, že pokud je preferenční zacházení uděleno pouze některým národnostem z členských států EU, pak takovéto zacházení musí být jednostranně rozšířeno na všechny ostatní národnosti.¹⁹⁶ I přesto, že vnitrostátní politika jednotlivých států může být motivována některými aspekty veřejného zájmu a může mít oprávněné důvody pro přidělení horšího než národního zacházení,¹⁹⁷ preferenční zacházení by se přesto mělo i nadále jednostranně poskytovat. Pokud se tedy neposkytne stejné zacházení všem členským státům Evropské unie, budou aktuální diferencované standardy mezi státy EU v rozporu s právem EU.

4.4. Neslučitelnost rozhodčího řízení s unijním právem

Na námitku Komise o neslučitelnost rozhodčích řízení s právem EU je třeba pohlížet obzvláště kriticky, protože arbitráž a vnitrostátní soudy nemusejí nutně představovat vzájemně se vylučující nástroje pro řešení sporů. Záměr Komise zahrnout alternativní řešení sporů do investičních smluv mimo EU,¹⁹⁸ stejně jako

¹⁹⁵ Case C-55/00 *Gottardo v. INPS* [2002] ECR I-413

¹⁹⁶ Case C-55/00 *Gottardo v. INPS* [2002] ECR I-413, para. 32

¹⁹⁷ WIERZEBOWSKI, Marek; GUBRYNOWICZ Aleksandar. Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions. in BINDER Christina; KRIEBAUM Ursula, REINISCH August aj. *International Investment Law for the 21st Century*. 2009. Oxford University Press. s. 547

¹⁹⁸ European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a Comprehensive European International Investment Policy. 10th July 2010, COM (2010) 343 final. s. 10

opatření pro řešení spotřebitelských sporů na interním trhu v oblasti e-commerce¹⁹⁹ pouze dokumentuje právní koexistenci arbitráže s vnitrostátními soudy. Už dříve Soudní dvůr Evropské unie stanovil pravidla pro vymahatelnost spotřebitelských rozhodčích nálezů,²⁰⁰ přičemž zdůraznil roli národních soudů v tomto procesu.²⁰¹

Nicméně v souvislosti s mezinárodní investiční arbitráží Komise uvedla, že poskytnutí možnosti využít rozhodčího řízení všem investorům by nevyhnutelně podpořilo konkurenční vztah soudních a arbitrážních mechanismů, a zvýšilo by tak *forum shopping* obou stran sporů, a taktéž by přispívalo k riziku další fragmentace mezinárodního práva.²⁰²

¹⁹⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes 2011/0374 (COD) (Regulation on consumer ODR); Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes 2011/0373 (COD) and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR)

²⁰⁰ Case C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira* [2009] ECR I-9579, para.59:

„S ohledem na výše uvedené je třeba na položenou otázku odpovědět tak, že směrnice 93/13 musí být vykládána v tom smyslu, že vnitrostátní soud, který rozhoduje o návrhu na nucený výkon pravomocného rozhodčího nálezu vydaného bez účasti spotřebitele, musí, pokud má za tímto účelem k dispozici nezbytné informace o právním a skutkovém stavu, i bez návrhu posoudit nepřiměřenost rozhodčí doložky obsažené ve smlouvě uzavřené prodávajícím nebo poskytovatelem se spotřebitelem, je-li podle vnitrostátních procesních pravidel možné provést takové posouzení v rámci obdobných řízení na základě vnitrostátního práva. Jde-li o nepřiměřenou doložku, přísluší tomuto soudu vyvodit veškeré důsledky, které z toho vyplývají podle vnitrostátního práva, aby se ujistil, že tento spotřebitel nebude uvedenou doložkou vázán.“

²⁰¹ Case C-168/05 *Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium SL* [2006] ECR I-10421, para.38:

„Povaha a význam veřejného zájmu, ze kterého vychází ochrana, kterou směrnice zajišťuje spotřebitelům, krom toho odůvodňují to, že vnitrostátní soud musí posuzovat zneužívající charakter smluvní klauzule z úřední povinnosti, a tím tak vyrovnat nerovnováhu, která existuje mezi spotřebitelem a prodávajícím nebo poskytovatelem.“

²⁰² *Eureko v Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 2010. para. 185:

‘The Commission considers that granting the opportunity for arbitration to all investors would “inevitably promote competing judicial and arbitral mechanisms, increase ‘forum shopping’ by litigants and contribute to the risk of further fragmentation of international law.’

K řešení této údajné neslučitelnosti je třeba poznamenat, že právní řád EU nezakazuje státním příslušníkům z EU využívat *forum shopping*, ani nezakazuje příslušníkům států EU těžit z práv zakotvených v nástrojích vnitrostátního nebo mezinárodního práva, která nejsou v právním řádu EU.²⁰³ Podmínkou však je respekt k výlučnosti a autonomii práva EU.²⁰⁴ Pokud tedy Komise měla pravdu, když tvrdila, že arbitráž by změnila řešení sporů v EU, pak v případě jejího odmítnutí jako standardního prostředku vypořádání sporů by šlo čistě o politické rozhodnutí, které EU musí učinit sama. Vzhledem k tomu, že *forum shopping* nepředstavuje skutečné porušení práva EU, mělo by se od tohoto argumentu upustit.

Jak je však uvedeno, použitelnost právních předpisů Evropské unie v mezinárodní arbitráži je zcela jiná otázka. Za prvé, rozhodčí soudy jsou povinny brát v úvahu právo použitelné v daném případě, pokud není v dohodě nebo investiční smlouvě určena jiná volba práva. Strany si mohou zvolit vnitrostátní právní systém, nebo dokonce mezinárodní zvykové právo *lex mercatoria*. Očekávání, že v otázce závazků vyplývajících z bilaterálních smluv o ochraně investic a relevantních investic budou uplatňovány právní předpisy EU, je celkem rozumné,²⁰⁵ ovšem praxe mezinárodních rozhodčích řízení byla potlačována neduhem nejistých výkladů aplikovatelných právních předpisů. Tato spleť je dána tím, že bilaterální smlouvy ve většině případů neobsahují doložku o rozhodném právu, nebo jen zmiňují obecné zásady mezinárodního práva.²⁰⁶ Například když ve věci *Eastern Sugar*²⁰⁷ stál tribunál před problémem vztahu mezi národním, mezinárodním a evropským právním řádem,

²⁰³ DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 78

²⁰⁴ DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 78

²⁰⁵ PENZES, Peter. Legal Regime of Bilateral Investment Treaties after the Accession of the Slovak Republic to the European Union. *Notitiae ex Academia Bratislavensi Iurisprudentiae* 4/201. s. 59

²⁰⁶ GAZZINI, Tarcisio. General Principles of Law in the Field of Foreign Investment. *The Journal of World Investment and Trade*. Vol. 10, No.1 (2009) s. 112

²⁰⁷ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award)* SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007)

neprohlásil právní řád EU za součást práva mezinárodního, národního nebo samostatného právního systému, ani neoznačil právo EU za aplikovatelné na smluvní závazky obecně.²⁰⁸ Konkrétně v případech, ve kterých se projednávají bilaterální smlouvy o ochraně investic a jejich porušování práva EU, musí rozhodčí soud určit, jaké rozhodné právo je na prvním místě, aby bylo možné odpovědět na otázku, které z nich by mělo převážet.²⁰⁹

Za druhé, i když tribunály uznávají některé právní řády jako použitelné, vyvstává otázka nad jejich hierarchií. Právní systém EU je sice nadřazený nad vnitrostátními právními řády členských států, ale je zdokumentována nekonzistence ze strany investičních tribunálů při určování práva rozhodného pro dotyčné investiční smlouvy. Tato roztržičnost doktríny rozhodného práva může existovat jen díky tomu, že konečné určení použitelného hmotného práva je v kompetenci mnoha rozhodčích soudů.²¹⁰ Monitorování rozhodování tribunálů prokázalo, že pro soudy neexistuje žádná závazná hierarchie při aplikaci právních systémů,²¹¹ a nebo také že považují mezinárodní a vnitrostátní právní řády za neoddělitelné.²¹² Podobně i mezinárodní právo, jehož prostřednictvím jsou zakládány arbitrážní tribunály, neobjasňuje formální hierarchii mezi bilaterálními investičními smlouvami a evropskými smlouvami.²¹³ Vzhledem k výjimečnosti práva EU, ve kterém povinnosti vůči cizím státům a mezinárodním organizacím nezavazují země závazků

²⁰⁸ BURGSTALLER, Markus. European Law and Investment Treaties. 2009. *Journal of International Arbitration* 26 (2). s. 192

²⁰⁹ BURGSTALLER, Markus. European Law Challenges to Investment Arbitration. In WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; CHUNG, Kyo-Hwa Liz, aj. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. 2010. s. 471

²¹⁰ IGBOKWE, Virtus. Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations. 2006. *JIL* 23 (4). s. 275

²¹¹ CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic (Final Award) UNCITRAL (14 March 2003)

²¹² CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID CASE NO. ARB/01/8 para. 117

²¹³ ŠTURMA, Pavel. Bilateral Investment Treaties and the EU Law. *Notitiae ex Academia Bratislavensi Iurisprudentiae* 1/2010. s. 7

vůči Unii (nadřazenosti),²¹⁴ aplikování závazků ve Smlouvách EU se stává nezbytným stejně jako nevyhnutelným.

Popsané rozpory jsou jedním z důvodů, proč je výklad práva Unie zajištěn pouze Soudním dvorem Evropské unie - jediným soudním orgánem, který propojuje národní doktríny s vývojem, který členské státy nejsou schopny předvídat.²¹⁵ Ponecháme-li stranou, zda Soudní dvůr EU dosahuje skutečné soudní konzistence nebo ne,²¹⁶ účinnost tohoto soudního dvora je rozšířena o možnost rozhodovat o sankcích vůči členským státům, které nesplní závazky vyplývající z práva EU.²¹⁷

Výlučná jurisdikce je jedním z nejúčinnějších nástrojů, pokud jde o střety mezinárodních soudních mechanismů.²¹⁸ Rozhodčí tribunály jsou na druhé straně specifickou paralelní formou řešení sporů, které jsou podmíněny vykonáváním nalezeného práva na národní úrovni. Proto je také velmi důležité si uvědomit, že budou-li rozhodčí soudy ignorovat povinnost uplatňovat právo EU, pak by jejich rozhodnutí nemuselo být vykonatelné.²¹⁹

Vzhledem k tomu, že vnitrostátní soudy jsou povinny zajišťovat účinnost právních předpisů EU tím, že nepoužijí žádné konfliktní vnitrostátní právní

²¹⁴ LICKOVA, Magdalena. European Exceptionalism in International Law. *European Journal of International Law* Vol. 19 No. 3. 2008. s. 464

²¹⁵ GRIMMEL, Andreas. Judicial Interpretation or Judicial Activism?: the Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice. *Harvard University. Center for European Studies Working Paper Series #176*. 2010. s. 4

²¹⁶ Více o empirické analýze dynamiky vývoje právních systému v EU s ohledem na rozhodování SDEU viz GARRETT, Geoffrey; KELEMEN, Daniel; SCHULZ, Heiner. The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union. *International Organization*. Volume 52 Issue 01. 1998. s. 149-176

²¹⁷ FENNELLY, Nial. Legal Interpretation at the European Court of Justice. *Fordham International Law Journal*. Volume 20, Issue 3. 1996. Article 4. s. 659

²¹⁸ ŠTURMA, Pavel. Bilateral Investment Treaties and the EU Law. *Notitiae ex Academia Bratislavensi Iurisprudentiae* 1/2010. s. 9

²¹⁹ Case C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055

předpisy,²²⁰ jsou oprávněny požádat o předběžné rozhodnutí Soudní dvůr Evropské unie.²²¹ Ne každý soud však může požádat tento Soud, aby o předběžné otázce rozhodl. V případě *Denuit a Cordenier v. Transorient*²²² nebyl rozhodčí soud oprávněn požádat o předběžné rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie vzhledem k jeho postavení rozhodčího soudu, na němž se nepodílely veřejné orgány.²²³ Také podle rozhodnutí v případech *Nordsee*²²⁴ a *Eco Swiss*²²⁵ rozhodčí tribunály v investičních sporech nejsou považovány za soudy členského státu ve smyslu článku 267 SFEU.²²⁶ A proto nemají právo žádat o řízení o předběžné otázce.²²⁷ I když *Eastern Sugar v. Česká republika* nebo *Binder v. Česká republika* prohlásily, že není třeba žádat o rozhodnutí Soudu v předběžné otázce,²²⁸ mohly tak alespoň formálně učinit a demonstrovat ochotu ke spolupráci mezi rozhodčími soudy a Soudním dvorem Evropské unie, i když by jejich žádost zřejmě byla odmítnuta.

²²⁰ *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal*, Case 106/77, [1978] E.C.R. 629, [1978] 3 C.M.L.R. 263.

²²¹ Článek 267 Smlouvy o fungování Evropské unie

²²² Case C-125/04 *Denuit and Cordenier v. Transorient* [2005] ECR I-923

²²³ Case C-125/04 *Denuit and Cordenier v. Transorient* [2005] ECR I-923. Para. 15-17

²²⁴ Case 102/81 *Nordsee* [1982] ECR-1095

²²⁵ Case 102/81 *Nordsee* [1982] ECR-1095

²²⁶ Case 102/81 *Nordsee* [1982] ECR-1095, para.10-12; Case C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055, para.14; Case C-125/04 *Denuit and Cordenier v. Transorient* [2005] ECR I-923 para.13

²²⁷ Case 102/81 *Nordsee* [1982] ECR-1095, para.10-12; Case C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055, para.14; Case C-125/04 *Denuit and Cordenier v. Transorient* [2005] ECR I-923 para.13

²²⁸ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award)* SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007) para.137. PETERSON, Luke Eric. Details surface of jurisdictional holdings in *Binder v. Czech Republic*; ad hoc tribunal saw no conflict between BITs and European Law; More recently, majority of EU member-states have taken similar view. *Investment Arbitration Reporter*. 2009. Vol. 2, No. 4 s.3

Vzhledem k tomu, že rozhodci mají aplikovat platné právo,²²⁹ nelze vyloučit ani možnost uplatnění práva EU. Rozdíly mezi národními právními systémy a právními předpisy Evropské unie se smazávají, protože není vždy snadné jasné rozlišit mezi opatřeními EU a vnitrostátními opatřeními, a to zejména pokud jsou předpisy přímo aplikovatelné v členských státech,²³⁰ a jsou tak technicky součástí právního systému Unie stejně tak jako právních systémů členských států. Navíc neochota zkoumat a uplatňovat právní předpisy EU v průběhu rozhodčího řízení může mít za následek nevykonatelnost rozhodnutí.²³¹ Bilaterální investiční smlouvy tedy umožňují vyloučení soudního přezkumu v EU, které je v rozporu se zásadou jednotného uplatňování právních předpisů EU ze strany Soudního dvora Evropské unie.

Týká-li se však spor žaloby proti čistě vnitrostátnímu opatření a nikoli právnímu aktu EU, ustanovení o řešení sporů v investičních smlouvách v rámci EU jsou v souladu s právem EU.²³² To vychází ze skutečnosti, že v takovém případě je respektována výlučnost a autonomie práva EU.

V této souvislosti bylo oznámeno, že Evropská unie zkoumá možnost přijmout úmluvu ICSID (Mezinárodní centrum pro urovnávání investičních sporů) v budoucí evropské investiční politice ve vztazích s třetími zeměmi; nicméně současné omezení pro přistoupení EU k úmluvě ICSID stále platí, protože součástí úmluvy mohou být pouze jednotlivé státy. Z 27 členských států Evropské unie není součástí

²²⁹ Např.: Washingtonská úmluva (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States), Článek 42 (1):

„Soud rozhodne spor v souladu s takovými právními pravidly, na nichž se strany dohodnou. Není-li takové dohody, použije soud právo smluvního státu, který je stranou ve sporu (včetně jeho norem kolizních) a takové předpisy mezinárodního práva, které mohou být použity.“

²³⁰ Článek 288 Smlouvy o fungování Evropské unie:

„...Nařízení má obecnou působnost. Je závazné v celém rozsahu a přímo použitelné ve všech členských státech...“

²³¹ Case C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV [1999] ECR I-3055

²³² DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 90

úmluvy ICSID pouze jediná země, a to Polsko.²³³ Je zajímavé, že Polsko umožňuje arbitráž ICSID, pokud je klauzule ICSID součástí uzavřených bilaterálních investičních smluv s jinými státy.²³⁴ Nejsou ovšem jasné záměry Komise, jak řešit konflikt Soudního dvora Evropské unie a ICSID, pokud jde o oprávnění k výkladu práva EU.

4.5. Prozatimní závěr

Na závěr analýzy je třeba uvést dvě ustanovení, která jsou v bilaterálních smlouvách o ochraně investic v rozporu s právem EU. Za prvé je to ustanovení umožňující urovnávání sporů formou rozhodčího řízení, což vylučuje soudní přezkoumání ze strany EU a nerespektuje výlučnost a autonomii práva EU.²³⁵ Druhým sporným bodem je preferenční zacházení s investory, které je v konfliktu se zásadou zákazu diskriminace, protože je získají pouze investoři ze států s uzavřenou investiční smlouvou. Preferenční zacházení uvedené v bilaterálních smlouvách je třeba buď jednostranně rozšířit na všechny investory, nebo v plném rozsahu zrušit.

Rovněž je třeba prohlásit, že dokud bilaterální investiční smlouvy nebudou anulovány, zůstávají v platnosti. Jak bylo pregnančně vyjádřeno ve věci *Eureko v. Slovakia*, ‘...it is not for an arbitral tribunal to cancel rights created by a valid treaty

²³³ Seznam signatářských států k 25. červenci 2012.

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>

²³⁴ Treaty between the United States of America and the Republic of Poland concerning Business and Economic Relations. Article IX 3 (a):

„At any time after six months from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by conciliation or binding arbitration to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("Centre") or to the Additional Facility of the Centre or pursuant to the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL") or pursuant to the arbitration rules of any arbitral institution mutually agree between the parties to the dispute.“

²³⁵ DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review* 48. 2011. s. 90

*in order to safeguard a State party against the possibility that it might one day decide to apply the treaty in a way that could violate its obligations under one or more other later treaties.*²³⁶

²³⁶ Eureko v. Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 2010, para.267

5. Předpokládané řešení kolize právních systémů

7. července 2010 vydala Evropská komise komuniké²³⁷ a návrh nařízení upravující přechodnou úpravu bilaterálních dohod o investicích.²³⁸ Toto nařízení bylo později přijato jako Nařízení 1219/2012.²³⁹ Tyto dokumenty by měly konkretizovat změny obsažené ve Smlouvě o fungování EU, k nimž patří přímé zahraniční investice do společné obchodní politiky (CCP) EU. Lavranos tvrdí, že publikované texty přináší dramatické a trvalé změny na *'třiapadesáti letech úspěšného příběhu, kdy členské státy EU úspěšně praktikovaly bilaterální smlouvy o ochraně investic'*.²⁴⁰

Cílem nařízení, které stanoví přechodnou úpravu dvoustranných investičních smluv, je schválit stávající extra-unijní bilaterální smlouvy o ochraně investic. Pokračování mezinárodních investičních dohod mezi členskými státy a třetími zeměmi závisí na procesním rámci, který umožní revizi těchto dohod. Po oznámení by pak Komise měla několik let na posouzení, které smlouvy jsou v rozporu s právem Evropské unie. Žádné řešení intra-unijních bilaterálních smluv o ochraně investic nebylo zmíněno.

Evropská komise se dále ve své tiskové zprávě z 21.června 2012 snažila ujistit investory, že Unie usiluje o právní jistotu pro zahraniční investice.²⁴¹ Je zřejmé, že se Komise snaží uklidnit obavy z nejistoty, které byly zdánlivě dlouho

²³⁷ European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a Comprehensive European International Investment Policy. 10th July 2010, COM (2010) 343 final.

²³⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Treaties between EU Member States and Third Countries' (2010)

²³⁹ NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi

²⁴⁰ LAVRANOS, Nikos. In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member States' Perspective. *Transnational Dispute Management*. Vol. 10 Issue 2. 2013. s. 2

²⁴¹ European Commission. EU Takes Key Step To Provide Legal Certainty For Foreign Investors. Press Release. IP/12/677. 21. June 2012.

ignorovány, protože Komise tvrdí, že *'učinila důležitý krok... k tomu, aby Evropa byla i nadále bezpečným a atraktivním místem pro investice zahraničních firem'*.²⁴² Komise deklarovala svůj postoj k zahrnutí mezinárodní arbitráže do své investiční politiky. Pokud jde o znění dokumentu, tak z něj vyplývá, že Komise počítá s mezinárodní arbitráží jako s formou řešení sporů, která má být použita v mezinárodních dohodách.²⁴³ Některé nově uzavřené smlouvy však tento trend nepotvrzují, např. Dohoda o hospodářském partnerství CARIFORUM.²⁴⁴ Tato dohoda sice rozvíjí přístup na trh, podporu investic, určité aspekty liberalizace pořízení, stejně jako inovativní aspekty obchodního práva, jako jsou pracovní a environmentální normy,²⁴⁵ ale zdaleka nepřispívá k celkové ochraně zahraničních investic.²⁴⁶ Hlasy týkající se neúplnosti budoucí politiky jsou stále hlasitější, když se očekává ukončení dalších jednání s Kanadou, s Indií a Singapurem, a mají začít další s Tuniskem, Marokem, Jordánskem a Egyptem. Na konci listopadu 2012 začalo velmi očekávané jednání o volném obchodu s Japonskem.²⁴⁷ V neposlední řadě má

²⁴² European Commission. EU Takes Key Step To Provide Legal Certainty For Foreign Investors. Press Release. IP/12/677. 21 June 2012.

²⁴³ „A key element of investment protection is the possibility of dispute settlement between an investor and a state, a provision currently included in the more than 1,000 bilateral investment protection agreements concluded between EU Member States and the countries outside EU.“

European Commission. 'EU Takes Key Step To Provide Legal Certainty For Foreign Investors' Press Release. IP/12/677. 21 June 2012.

²⁴⁴ Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, 15 October 2008, [2008] O.J. L289/I/3.

²⁴⁵ DIMOPOULOS, Angelos. Shifting the Emphasis from Investment Protection to Liberalization and Development: The EU as a New Global Actor in the Field of Foreign Investment Policy. 2010. *Journal of World Investment & Trade*. Vol. 11, Nr. 1. s. 18

²⁴⁶ Zejména standardy zajišťující ochranu proti vyvlastnění a takéž ochrany spravedlivého a rovného zacházení, a dále i řešení sporů.

²⁴⁷ Smlouva s Japonskem má zvýšit růst evropské ekonomiky o 0,8% ročního HDP a zvýšit export do Japonska o 32,7%. Dále má dojít i k vytvoření 420.000 pracovních míst.

European Commission – Trade. 'EU-Japan Free Trade Agreement: Commissioner De Gucht welcomes Member States' green light to start negotiations' Press Release. 2012.

Dostupný také z WWW: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=847>>

Unie v úmyslu uvolnit potenciál méně regulovaného obchodního režimu s USA a dojednat Transatlantické obchodní a investiční partnerství (TTIP).²⁴⁸ Úmysl zahrnout do této smlouvy o volném obchodě rozhodčí doložku pro investory vyvolal ve veřejnosti takové znepokojení, že se Komise rozhodla zahájit veřejnou online konzultaci na téma ochrany investorů a reagovat tím na rostoucí neutěšenost otázky investičních sporů.²⁴⁹

5.1. Finanční rozměry budoucích pohledávek investor-stát/EU

Tisková zpráva Komise²⁵⁰ poukazuje na mechanismus, pomocí něhož se finanční odpovědnost za náklady řešení sporů mezi investorem a státem podrobuje speciálnímu testu, který stanoví rozdělení odpovědnosti mezi EU a členské státy. Právo na obhajobu, jakož i finanční odpovědnost z nároku by byla přisouzena členskému státu, pokud by napadené opatření bylo opatřením tohoto členského státu. Je-li sporné opatření právním instrumentem EU, nebo opatřením členského státu s mandátem EU, potom by EU byla v pozici žalovaného. Takový mechanismus svědčí o snaze EU hrát stále významnější roli v rozhodčím řízení. Pozice Unie jako žalované strany není zakotvena ani v bilaterálních smlouvách o ochraně investic členských států, ani v řízení rozhodčích soudů. K překonání tohoto problému se Unie uchýlila k aktivismu, ale je pouze na uvážení rozhodčího soudu, zda se rozhodne vzít

²⁴⁸ European Commission – Trade. ‘United States’

Dostupný také z WWW: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/>>

²⁴⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-292_cs.htm

²⁵⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party. COM(2012) 335 final 2012/0163 (COD)

v úvahu stanovisko EU, nebo ne.²⁵¹ Odhodlání rozdělit finanční odpovědnost je však třeba vidět v pozitivním světle.

Ve skutečnosti totiž mohou být členské státy EU nuceny zaplatit náhradu škody za opatření, která byla nařízena delegovaným orgánem EU. Objasnění týkající se vzájemné odpovědnosti mezi členskými státy a EU lze vidět jako konstruktivní. V případě *ADC v. Maďarsko* reagoval stát tvrzením, že vyvlastnění investice mělo za cíl pouze uspokojit požadavky dané zákonem EU. Konkrétně šlo o to, že pozemní řízení letového provozu na budapeštském letišti se muselo zharmonizovat se směrnicí EU 96/97 tak, aby řízení letového provozu bylo odděleno od letištních provozních služeb v souladu s právními předpisy EU.²⁵² Tribunál odmítl argument, že záměr vyhovět právním předpisům EU je dostatečným zdůvodněním maďarských kroků k vyvlastnění investice, protože tato investice mohla být restrukturována, aniž by došlo k jejímu praktickému převzetí státem.²⁵³ *ADC v. Maďarsko* upozorňuje na rozrůstání právních předpisů EU ve vztazích mezi vnitrostátním a mezinárodním právem. Stejně jako ve věci *Eastern Sugar v. Česká republika* žalovaná strana tvrdila, že pokud došlo k nějakému zasahování, stalo se tak jen kvůli tomu, že Česká republika jednala za účelem provádění nařízení EU týkajícího se kvót na zemědělskou produkci cukrové řepy.²⁵⁴ Podobně kvóty na produkci izoglukózy (kukuřičný sirup s vysokým obsahem fruktózy) byly jádrem sporu v případě *Cargill v. Polsko*, kde žalovaná strana prohlásila, že pouze reagovala na legislativní požadavky EU.²⁵⁵ Podobný trojúhelník jurisdikcí sloužil státům v rozhodčím řízení,

²⁵¹ V *Eureko v. Slovakia* byla Komise vyzvána k předložení svého stanoviska k věci. V *Eastern Sugar v. Czech Republic* zaslala Komise rozhodčímu soudu dva dopisy. V *AES v. Hungary* a *Electrabel v. Hungary* Komise využila možnosti intervenovat se svým podáním jako *amicus curiae*.

²⁵² *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16) para.268

²⁵³ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16) para.271

²⁵⁴ *Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award)* SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007). Para.261

²⁵⁵ *Cargill v. Poland, UNCITRAL (US/Poland Business and Economic Relations Treaty)*, Award of August 2011 (neveřejný rozhodčí nález)

aby se schovávaly za opatření EU, když se bránily tvrzením investorů v jejich hostitelských ekonomikách.²⁵⁶

Přijetím tohoto mechanismu by Evropská unie mohla nahradit členské státy na žalované straně. Soudní dvůr Evropské unie rozhodl, že zásada odpovědnosti státu za škody a újmy způsobené jednotlivcům v důsledku porušení práva EU je nedílnou součástí právního systému a chrání osoby, které se na to spoléhají.²⁵⁷ Jedna věc však zůstává nejasná: na koho převést odpovědnost v případě vyvlastnění, jednoho ze základních způsobů porušení investičního práva, na které se nevztahují právní předpisy EU.²⁵⁸ Podmínky vyvlastnění existují jen v národních ústavách, v Protokolu I. Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a v jiných vnitrostátních právních předpisech. A ještě je třeba vysvětlit mechanismus těchto ustanovení a jejich praktickou správu v případě vyvlastnění. Upráva pasivní legitimace mezi členskými státy a Uníí samotnou má nicméně spletitý charakter.²⁵⁹ Členské státy by totiž nemusely vystupovat jako respondenti. Návrh nařízení proto redistribuuje příslušnost mezi Uníí a státy a stanoví, že Unie se buď automaticky stává pasivně legitimovanou v řízení,²⁶⁰ a taktéž uvádí případy, kdy se Unie může ve stanovené lhůtě 30 dnů rozhodnout, zda se žalovanou stranou stane i nikoliv.²⁶¹

²⁵⁶ Eureko B.V. v. the Slovak Republic PCA 2008-13; Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Partial Award) SCC Case No. 088/2004 (27 March 2007)

²⁵⁷ Joined cases C-46/93 and C-48/93 Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others. Judgment of the Court of 5 March 1996. I-01029. para. 31

²⁵⁸ DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*. Oxford University Press. 2011. s. 114

²⁵⁹ ŠTURMA, Pavel; BALÁŠ, Vladimír. *Mezinárodní ekonomické právo*. C.H. Beck. 2013. s. 500

²⁶⁰ Čl. 8 Odst. 1 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party. COM(2012) 335 final 2012/0163 (COD):

„Provided the agreement provides for the possibility, the Member State concerned shall act as respondent except where any of the following situations arise :

(a) the Commission has taken a decision pursuant to paragraph 2; or,

5.2. Nástroje EU pro boj s kriminalitou a přímé zahraniční investice

Střet bilaterálních smluv o ochraně investic s právními předpisy EU se vynořil v souvislosti s neefektivní reakcí Rakouska, Finska i Švédska, které měly uvést závazky vyplývající z jejich smluv do souladu s evropskými nástroji pro boj s kriminalitou. V březnu 2012, několik let poté, co byla zahájena první řízení proti extra-unijním bilaterálním smlouvám o ochraně investic členských států, vydala EU návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o zmrazení a konfiskaci výnosů z trestné činnosti v Evropské unii. Tato právní úprava, motivovaná snahou zjednodušit orgánům členských států zabavování a získávání výnosů zločinců ze závažné mezinárodní organizované trestné činnosti, měla poskytnout účinný systém pro zmrazení, správu a konfiskaci majetku. Bez jakýchkoliv pochybností je zabavování výnosů z trestné činnosti stále důležitou formou boje proti jejím organizovaným formám, a vzhledem k rostoucí globalizaci prudce vzrůstají snahy řešení tohoto problému na společném základě.²⁶²

(b) the Member State has not confirmed to the Commission in writing that it intends to act as respondent within 30 days of receiving notice or notification referred to in Article 7. If either of the situations referred to in (a) or (b) arise, the Union shall act as respondent. “

²⁶¹ Čl. 8 Odst. 2 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party. COM(2012) 335 final 2012/0163 (COD)

„The Commission may decide, within 30 days of receiving notice or notification referred to in Article 7, that the Union shall act as respondent where one or more of the following circumstances arise: (a) it is likely that the Union would bear at least part of the potential financial responsibility arising from the dispute in accordance with the criteria laid down in Article 3;

(b) the dispute also concerns treatment afforded by the institutions, bodies or agencies of the Union;

(c) it is likely that similar claims will be brought under the same agreement against treatment afforded by other Member States and the Commission is best placed to ensure an effective and consistent defence; or,

(d) the dispute raises unsettled issues of law which may recur in other disputes under the same or other Union agreements concerning treatment afforded by the Union or other Member States. “

²⁶² Explanatory Memorandum of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of Crime in the European Union. Brussels, 12.3.2012. COM(2012) 85 final. 2012/0036 (COD). s. 8. Dostupný také z WWW:

<http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/20120312/1_en_act_part1_v8_1.pdf >

Rada Evropské unie je způsobilá omezit za určitých okolností pohyb kapitálu a plateb mezi členskými státy a třetími zeměmi. V rozsudku případu *Komise v. Rakousko*, který se týkal opatření ke zmrazení, bylo konstatováno, že návrhy Rakouska znovu vyjednat záruky poskytnuté investorům v bilaterální smlouvě o ochraně investic, jejichž účelem by bylo uspokojit nutnost zmrazit finanční prostředky v rámci boje se zločineckými skupinami, jsou *‘ve své podstatě neslučitelné s praktickou účinností těchto opatření’*.²⁶³ EU potřebuje efektivní mechanismus pro konfiskaci a zmrazení majetku souvisejícího s organizovaným zločinem. Jaký to však bude mít dopad na volný pohyb kapitálu v rámci EU? Důvodová zpráva bohužel nezmiňuje posouzení přímých zahraničních investic a záruky neomezeného pohybu finančních toků.

Ve vztahu k nevyřešeným otázkám týkajícím se kapitálových transferů v rámci EU Hindelang zdůrazňuje, že Komise se obecně nezavazuje k jedné konkrétní politice, pokud jde o ochranu volného pohybu kapitálu v každém hospodářském odvětví, a to navzdory skutečnosti, že Komise uznává, že vnitřní trh působí jako konkurenční výhoda při získávání investic v EU.²⁶⁴ Nebezpečí možného propadnutí nebo zajištění majetku investorů je zřejmé a mohlo by se ukázat jako problematické, pokud by kapitál byl zabaven úřady neoprávněně, diskriminačním způsobem, nebo by byl chybně zmrazen. Pokud by se investor ocitl v situaci, kdy je mu zkonfiskován nebo zmrazen majetek kvůli údajné trestné činnosti, měl by mít možnost podat odvolání v souladu s vnitrostátním právem členského státu. Nicméně existuje několik situací, které se jeví jako nedořešené.

Ačkoli účinný lék zaručuje čl. 47 Listiny základních práv Evropské unie (LZPEU), investoři by dost možná raději hledali oporu v rozhodčím řízení. Rozhodčí nález nemůže být použit pro zvrácení rozhodnutí nebo opatření, ale rozhodčí

²⁶³ Case C-205/06, *Commission v. Austria* [2009] ECR I-1301 para. 39

²⁶⁴ *‘One possible reason for the self-restraint of the Commission might be seen in the unresolved issue of competence for investment relations with third countries under the current Treaty.’*

HINDELANG, Steffen. *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*. Oxford University Press. 2009. s. 11-12

tribunály jsou oprávněny posoudit výšku škody za porušení norem uvedených v bilaterální smlouvě o ochraně investic. Případně si představme situaci, kdy kapitál investora mimo EU je okamžitě zmražen, což způsobí firmě vážné problémy s kapitálovými toky, ale po dalším šetření bude obžaloba prohlášena za neopodstatněnou a vrácena. Rozhodčí soudy se tak mohou ocitnout v prekérní pozici, kdy mají posoudit, zda opatření konfiskace bylo v souladu s právem a nebylo diskriminační, a případně přiznat náhradu škody, což by opět mohlo narážet na nekompatibilitu rozhočího řízení a interpretativního monopolu národních soudů s SDEU. A navíc je otázkou, jak budou donucovací orgány schopny splnit své nové pravomoci, aby se zabránilo převedení majetku do jiné jurisdikce, když se čeká na příkaz vydaný soudem. Lze si představit, že všechny tyto obavy lze v budoucnosti určitým způsobem vyřešit, rozčarování z toho, že i případné vybalancování právní normy zabere pro investory drahocenný čas, a že se investoři i v případě jejího přijetí již nebudou moci spolehnout na původně silnou a stabilní garanci volného převodu kapitálu v investičních smlouvách, zůstane.

5.3. Opuštění záruky neutrality

Velmi důležitý argument týkající se nestrannosti rozhodčího řízení byl Komisí zcela ignorován. Přímé zahraniční investice jsou formou toku kapitálu. Rozdíl mezi třetími zeměmi a EU je v tom, že členské státy odstranily překážky obchodu uvnitř společenství a vytvořily mezi sebou vnitřní trh. Ve srovnání s mezinárodním investičním právem, které se zabývá především korporacemi, uznává vnitřní trh EU, že je důležité, aby i soukromé osoby, které náhodou provádějí ekonomické transakce bez ohledu na hranice států, měly možnost využívat výhod trhu.²⁶⁵

Ve srovnání s úvěry a portfoliovými investicemi jsou PZI považovány za „dobrý cholesterol“ pro ekonomiku, protože jsou prospěšné pro hostitelské země, i

²⁶⁵ Case 15/81 Gaston Schul Douane Expéditeur BVv. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal. [1982] ECR 1409, para.33

když zároveň přinášejí některá potenciální ekonomická rizika.²⁶⁶ Vyšší příliv přímých zahraničních investic přichází do zemí, které jsou podle měření úvěrových ratingů riskantnější. Také je zřejmé, že vyšší podíl PZI se objevuje v zemích s nižší kvalitou institucí.²⁶⁷ Přestože Evropská unie usiluje o harmonizaci politických, ekonomických a sociálních otázek,²⁶⁸ rozdíly zůstávají značné. Vzhledem k budoucím kandidátům rozšíření, a to i navzdory aktivismu EU překlenovat regionální rozdíly, se budou rozdíly v kvalitě institucí mezi členskými státy EU zvyšovat.

Jednou z nejzásadnějších otázek týkajících se PZI v budoucí EU je použitelnost rozhodčích doložek. Na rozdíl od mezinárodního investičního práva, kde je arbitráž typickou volbou ve sporech mezi investory PZI a státem, v současnosti neexistuje na úrovni EU žádný specifický mechanismus řešení sporů pramenících v porušení bilaterálních smluv členských států o ochraně investic. Podle právních předpisů EU, které se vzpírají arbitráži jako prostředku řešení sporů, je třeba hledat řešení ve vnitrostátních soudních systémech hostitelských států.²⁶⁹

Existence rozhodčího řízení je odůvodněna jeho neutrálním charakterem. Rekurz k vnitrostátním soudním systémům by ve sporech mezi investory a státem nemusel být žádoucí z evidentního důvodu. V případě, že stát zaviní poškození

²⁶⁶ LOUNGANI, Prakash; RAZIN, Assaf. How Beneficial is Foreign Direct Investment for Developing Countries? Finance and Development. *A Quarterly Magazine of the International Monetary Fund*. Vol. 38. No. 2. 2001. Dostupný také z WWW: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/06/loungani.htm>

²⁶⁷ LOUNGANI, Prakash; RAZIN, Assaf. How Beneficial is Foreign Direct Investment for Developing Countries? Finance and Development. *A Quarterly Magazine of the International Monetary Fund*. Vol. 38. No. 2. 2001. Dostupný také z WWW: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/06/loungani.htm>

²⁶⁸ Preamble Smlouvy o fungování Evropské unie

²⁶⁹ Podání Evropské komise v případě Eureko v Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 2010. para. 185

'Continued resort to outside dispute settlement mechanisms by EU subjects based on intra-EU BITs also reveals mistrust in the courts of EU Member States. This has no place in the current post-enlargement context, which is rooted in mutual trust between Member States and founded on the development of a common favourable investment environment. Mutual trust in the administration of justice in the European Union is one of the principles regarded as necessary by the European Court of Justice for the sound operation of the internal market.'

investora, může rozhodčí řízení zajistit nezávislé prostředí, zatímco vnitrostátní soudy mohou jednat v politickém nebo ekonomickém zájmu země, a to zejména pokud jsou institucionální překážky slabé. Jedna z mezinárodních investičních arbitráží společnosti ČEZ v. Albánie²⁷⁰ je reprezentativním příkladem toho, jak složité může být pro investory čelit donucovacím orgánům státní moci,²⁷¹ které nejsou nezávislé, což potvrdila i oficiální dokumentace Evropské unie.²⁷² Albánie sice není členskou zemí EU, transparentnost a měřená korupce v jejím soudním systému je však některými členskými státy výrazně překonána.²⁷³ Zůstane-li u příkladu společnosti ČEZ, tak tato společnost se potýká se zásahy vlády i v členské zemi EU, Bulharsku, kde její konkurenti v obdobné pozici již investiční arbitráž zahájili.²⁷⁴ Země se slabší vymahatelností práva navíc bývají častěji hostitelskými ekonomikami přímých zahraničních investic a převažují mezi zeměmi, které mají být

²⁷⁰ CAMEY, Sean. UPDATE: CEZ Ready For Arbitration, Legal Battles in Albania. 2012. Dostupný také z WWW: <<http://www.euroinvestor.com/news/2012/05/10/update-cez-ready-for-arbitration-legal-battles-in-albania/11988714>>; CAMEY, Sean. CEZ Launches International Arbitration Vs Albania, Seeks Compensation' The Wall Street Journal, 2013. Dostupný také z WWW: <<http://online.wsj.com/article/BT-CO-20130207-704517.html>>

V průběhu řízení s Českou republikou CME prostřednictvím inzerátů v novinách veřejně varovalo investory, kteří by mohli uvažovat o investici v České republice, že *české obchodní a právní prostředí žalostně nesplňuje mezinárodní standardy*⁴

DESAI, M.; MOEL Alberto. Czech Mate: Expropriation and Investor Protection in a Converging World. 2004. Figure 6. Dostupný také z WWW:

<http://dev.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/928__SSRN_ID585843_code57621.pdf>

²⁷¹ V červnu 2014 uzavřel ČEZ s Albánií dohodu o narovnání, která vypořádává nároky společnosti, vzniklé na základě zásahu albánské vlády do dceřiné společnosti ČEZu.

ČEZ. Dostupný také z WWW: <<http://www.cez.cz/cs/pro-media/tiskove-zpravy/4739.html>>

²⁷² Commission Staff Working Document: Albania 2012 Progress Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013 {COM(2012) 600 final} s. 44

²⁷³ Chorvatsko, Bulharsko a Polsko.

Transparency International Global Corruption Report: Judiciary (2007) s. 13

²⁷⁴ Power firm CEZ files complaint with EU against Bulgaria. Reuters. Dostupný také z WWW: <<http://www.reuters.com/article/2013/03/29/cez-bulgaria-idUSL5N0CL16620130329>>

v budoucnosti přijaty do Unie.²⁷⁵ Bylo by vůbec představitelné, aby investoři měli pouze možnost obrátit se na vnitrostátní soudy členských států? Kvůli potenciální zaujatosti, jak je popsáno výše, nemusí žaloba na hostitelský stát před vnitrostátním soudem (bez jakékoliv možnosti rekursu k nezávislému mezinárodnímu nebo evropskému smírčímu orgánu) sloužit hospodářskému rozvoji vnitřního trhu, ale může se stát pouhým politickým opatřením sledujícím zásadu vzájemné důvěry, které povede ke vzniku dalších překážek pro stimulaci toků PZI v rámci EU do států, které právě příliv investic mohou ocenit jako vitální pomoc v rozvoji jejich, v porovnání se staršími členy Unie, zaostalých ekonomik. Přestože reforma státní správy patří v procesu přistoupení mezi priority Evropské unie,²⁷⁶ podle tvrzení Burgstallera vede nedostatek důvěry ve vnitrostátní soudy investory k preferování investičních tribunálů, což může docela dobře odrážet současný stav věcí v EU.²⁷⁷

²⁷⁵ Kandidáty na členství v Unie jsou Island, Černá Hora, Srbsko, Makedonie (FYROM) a Turecko. Možnými kandidáty právě Albánie, které byl doporučen status kandidátské země Komisí (2012) i Parlamentem (2013); dále Kosovo a Bosna a Hercegovina.

Dostupný také z WWW: <http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm>

²⁷⁶ Prioritou kromě reformy státní správy je transformace podniků na evropskou úroveň.

SVOBODA, Pavel. Právo vnějších vztahů EU. C. H. Beck. 2010. s. 210

²⁷⁷ BURGSTALLER, Markus. European Law Challenges to Investment Arbitration. In WAIBEL, Michael, KAUSHAL, CHUNG Kyo-Hwa Liz, BALCHIN Claire. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. 2010. s.464

6. Investiční prostředí v EU

Nejistota obklopující celou diskusi kolem přímých zahraničních investic v EU rozhodně nepřispívá k důvěře investorů. Ať už se Komise rozhodne pro jakékoli kroky, lze říci, že radikálním změnám je třeba se vyhnout, pokud nebudou pečlivě promyšleny. I přes výše uvedenou analýzu, z níž je zřejmé, že bilaterální smlouvy o ochraně investic jsou v současné podobě nekompatibilní s právním řádem EU, nezůstává ambice Komise vypudit tento typ smluv z evropského právního řádu bez znatelných kontroverzí. A to přesto, že argumentace Komise jako *amicus curiae* ve věci *Eureko v. Slovensko*²⁷⁸ byla motivována zvýšením právní jistoty. Navzdory tomu ovšem vzbudila silnou reakci proti EU a jejímu podnikatelskému prostředí samotnému.²⁷⁹ Ačkoli argumenty Komise byly zamítnuty u několika rozhodčích soudů, jakož i vnitrostátním soudem členského státu v odvolacím řízení *Eureko v. Slovensko*, nelze ani teoreticky doufat v komplexní řešení od Soudního dvora Evropské unie, pokud se budou argumenty Komise pouze hodnotit *ex post*. Soudní dvůr Evropské unie by se do sporu alespoň mohl zapojit jen v tom smyslu, že by poskytnul závazný výklad v otázce, zda bilaterální smlouvy o ochraně investic jsou v souladu s právním řádem EU, nebo ne.

Existují tedy dvě možnosti vývoje. Soudní dvůr EU se ocitne v delikátní pozici a buď prohlásí, že bilaterální smlouvy o ochraně investic jsou v rozporu s evropským právem, a nebo podpoří argumentaci investorů, rozhodčích tribunálů a Frankfurtského odvolacího soudu.²⁸⁰

²⁷⁸ V memorandu Komise volala po tom, aby členské státy omezily právní nejistotu, diskriminaci a další rizika (vč. *forum shopping*), a trvala na tom, že intra-EU bilaterální investiční smlouvy mají být vypovězeny.

²⁷⁹ Investoři jsou nabádáni k tomu, aby restrukturalizovali své investice tak, aby využili ochrany extra-EU bilaterálních investičních smluv a obešli tak možné riziko investice mezi členskými státy EU pod ochranou intra-EU bilaterálních investičních smluv.

SIDNEY AUSTIN LLP. International Arbitration Update 2/2009.; Winston and Strawn LLP. Latest Development Concerning European Investment Treaties 2012

²⁸⁰ 26 SchH 11/10 Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschluss

V prvním případě nemají zamýšlená řešení pro vnitřní trh zatím žádnou podobu. V tomto případě by hlavním cílem Komise mělo být zachování vysoké úrovně ochrany investorů a investic, která by byla rovnocenná zárukám obsaženým v bilaterálních smlouvách.²⁸¹ Přestože bilaterální investiční smlouvy se třetím státem podléhají přezkumu²⁸² v režimu Nařízení 1219/2012,²⁸³ které bylo vydáno jako prostředek naplnění nových cílů společné obchodní politiky,²⁸⁴ případná renegociace či vypovězení bilaterální smlouvy dle Nařízení 1219/2012 se týká pouze režimu se třetími státy, tj. extra-EU BITs. Úprava či úmysl jak naložit s ochranou investic, které jsou dle současné úpravy v režimu tzv. intra-EU BITs zcela chybí. Autor by v tomto případě argumentoval pro posílení a zlepšování vnitřního trhu s cílem dosáhnout uvedené úrovně, zejména pokud jde o zvýšení nezávislosti a efektivity soudů všech členských zemí a taktéž harmonizace ochrany národních států proti vyvlastnění, zatímco návrh na řešení sporů v Evropské unii s sebou přináší spory o využívání buď národních, nebo rozhodčích soudů v oblasti investic.

Pokud by však Soudní dvůr Evropské unie a německý Spolkový soud (Bundesgerichtshof) potvrdily argumenty Frankfurtského odvolacího soudu

²⁸¹ Investment Law Group of the University of Vienna: Christina Knahr, Ursula Kriebaum, Irmgard Marboe, August Reinisch, Luca Schicho, Christoph Schreuer and Stephan Wittich. Question 9: Given that the Lisbon Treaty gives the EU greater competences in international investment policy, how should we contribute to facilitating crossborder direct investment (both outward and inward)? What are the key issues to be addressed in agreements governing investment? Investment Law Group of the University of Vienna, Austria. s.3 para.1

Dostupný také z WWW:

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/september/tradoc_146566.pdf>

²⁸² Článek 5 NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi:

„S ohledem na postupné nahrazení dvoustranných dohod o investicích oznámených podle článku 2 může Komise tyto dohody posoudit tak, že vyhodnotí, zda některá ustanovení těchto dohod nepředstavují závažnou překážku pro jednání Unie o dvoustranných dohodách o investicích se třetími zeměmi nebo pro jejich uzavření.“

²⁸³ NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi

²⁸⁴ ŠTURMA, Pavel; BALÁŠ, Vladimír. Mezinárodní ekonomické právo. C.H. Beck. 2013. s. 496

(Oberlandsgericht), pak by rozsudky představovaly významný zásah do stávajícího preferovaného kurzu Komise, což by přineslo ještě větší nejistotu, která je v turbulentních ekonomických časech velmi nežádoucí. Komise možná dočasně o krok ustoupí v boji proti rozhodčímu řízení, protože pokud by takový mechanismus neexistoval, mohlo by to představovat vážnou překážku s důsledkem další ztráty důvěry investorů.²⁸⁵ Ochrana poskytovaná existujícími intra-unijními bilaterálními smlouvami o ochraně investic tedy zůstává nejistá.²⁸⁶ Výsledek je obtížné předvídat a členské státy se nejprve musí rozhodnout, co vlastně chtějí dělat s intra-unijními bilaterálními smlouvami o ochraně investic.²⁸⁷

Řešení nabízené Komisí zřejmě nebylo dokonalé. Někteří jeho kritici ale jdou dál. Bělohlávek například uvádí, že chování Komise v oblasti přímých zahraničních investic bylo naplněno arogancí, která by mohla být zcela smrtící v konkurenčním globalizovaném mezinárodním společenství.²⁸⁸ Burgstaller tvrdí, že řízení o porušení povinností vedené proti Švédsku, Finsku a Rakousku dokumentuje snahu Komise zasahovat do bilaterálních smluv členských států o ochraně investic ještě předtím,

²⁸⁵ Investment Law Group of the University of Vienna: Christina Knahr, Ursula Kriebaum, Irmgard Marboe, August Reinisch, Luca Schicho, Christoph Schreuer and Stephan Wittich. Question 9: Given that the Lisbon Treaty gives the EU greater competences in international investment policy, how should we contribute to facilitating crossborder direct investment (both outward and inward)? What are the key issues to be addressed in agreements governing investment? Investment Law Group of the University of Vienna, Austria. s.3 para.2

Dostupný také z WWW:

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/september/tradoc_146566.pdf>

²⁸⁶ GAFFNEY, John P. Threats to Investment Protection in the EU Energy Sector. 2012. King and Spalding Energy Newsletter August 2012.

Dostupný také z WWW:

<<http://www.kslaw.com/library/newsletters/EnergyNewsletter/2012/August/article1.html>>

²⁸⁷ LAVRANOS, Nikos. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. 2010. *LPICT* 9. S. 438

²⁸⁸ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana Přímých Zahraničních Investic v Evropské Unii*. C.H.Beck. 2010. para. 37

než Lisabonská smlouva nabyla platnosti.²⁸⁹ Lisabonská smlouva totiž regulaci přímých zahraničních investic převedla do výlučné kompetence Unie,²⁹⁰ a očekává

²⁸⁹ BURGSTALLER, Markus. European Law Challenges to Investment Arbitration. In WAIBEL, Michael, KAUSHAL, CHUNG Kyo-Hwa Liz, BALCHIN Claire. *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*. 2010. s.464

²⁹⁰ Pravomoc Unie ohledně investic je ukotvena ve Společné obchodní politice v článku 207 SFEU. Článek 207 SFEU:

„1. Společná obchodní politika se zakládá na jednotných zásadách, zejména pokud jde o úpravy celních sazeb, uzavírání celních a obchodních dohod týkajících se obchodu zbožím a službami, obchodní aspekty duševního vlastnictví, přímé zahraniční investice, sjednocování liberalizačních opatření, vývozní politiku a opatření na ochranu obchodu, jako jsou opatření pro případ dumpingu a subvencování. Společná obchodní politika je prováděna v rámci zásad a cílů vnější činnosti Unie.

2. Evropský parlament a Rada přijímají řádným legislativním postupem formou nařízení opatření vymezující rámec pro provádění společné obchodní politiky.

3. Je-li třeba sjednat a uzavřít dohody s jednou nebo více třetími zeměmi nebo s mezinárodními organizacemi, použije se článek 218 s výhradou zvláštních ustanovení tohoto článku.

Komise podává doporučení Radě, která ji zmocňuje k zahájení potřebných jednání. Rada a Komise odpovídají za to, že sjednané dohody jsou slučitelné s vnitřními politikami a vnitřními předpisy Unie.

Komise při vedení těchto jednání konzultuje zvláštní výbor, který určí Rada, aby jí v tomto úkolu napomáhal, a řídí se směrnici, které jí Rada může poskytnout. Komise podává zvláštnímu výboru a Evropskému parlamentu pravidelně zprávu o stavu jednání.

4. Při sjednávání a uzavírání dohod uvedených v odstavci 3 rozhoduje Rada kvalifikovanou většinou.

Při sjednávání a uzavírání dohod týkajících se obchodu službami, obchodních aspektů duševního vlastnictví a přímých zahraničních investic rozhoduje Rada jednomyslně, pokud dané dohody obsahují ustanovení, pro která je při přijímání vnitřních předpisů vyžadována jednomyslnost.

Rada rovněž rozhoduje jednomyslně při sjednávání a uzavírání dohod:

a) v oblasti obchodu kulturními a audiovizuálními službami, pokud by tyto dohody mohly ohrozit kulturní a jazykovou rozmanitost Unie;

b) v oblasti obchodu sociálními, vzdělávacími a zdravotnickými službami, pokud by tyto dohody mohly vážně narušit vnitrostátní organizaci takových služeb a ohrozit odpovědnost členských států za jejich poskytování.

5. Sjednávání a uzavírání mezinárodních dohod v oblasti dopravy se řídí částí třetí hlavou VI a článkem 218.

6. Výkon pravomocí svěřených tímto článkem v oblasti společné obchodní politiky se nedotýká vymezení pravomocí mezi Unií a členskými státy a nesmí vést k harmonizaci právních předpisů členských států, jestliže Smlouvy takovou harmonizaci vylučují.

se, že ochrana investic bude vkládána do obchodních smluv s třetími státy.²⁹¹ Objevuje se také kritika kontinuální nekompetentnosti Parlamentu v přístupu k této otázce.²⁹² Leal - Arcas potvrzuje pochybnosti ohledně záležitosti PZI v EU a poukazuje na nejistou interpretaci a zásadní nedostatek přípravy.²⁹³ Krajewski upozorňuje na to, že Smlouva o fungování Evropské unie navzdory ambicím nepřispěla k větší transparentnosti společné hospodářské politiky.²⁹⁴ Nejproblematictější ovšem je skutečnost, že žádný z činitelů účastnících se debaty zřejmě nebere v úvahu důsledky rostoucí asertivity právních předpisů EU proti mezinárodním závazkům členských států EU.²⁹⁵ K těmto důsledkům patří pochybnosti investorů, zda se budou moci v budoucnu spoléhat na své bilaterální smlouvy, nebo zda budou schopni prosadit v EU své případné odškodné. Zároveň celkové zapojení Soudního dvora Evropské unie do posledního vývoje záležitosti s PZI v EU bylo omezené a uváděné argumenty byly překvapivě stručné.²⁹⁶

Ze zmíněného pohledu na úsilí Komise o harmonizaci přímých zahraničních investic v EU, z nesouhlasu členských států, z neefektivní komunikace o budoucích záměrech, z rozdílné pozornosti věnované intra-unijním a extra-unijním bilaterálním smlouvám o ochraně investic, a co je nejdůležitější, z absolutního nedostatku řešení,

²⁹¹ ŠTURMA, Pavel; BALÁŠ, Vladimír. Mezinárodní ekonomické právo. C.H. Beck. 2013. s.333

²⁹² LAVRANOS, Nikos. In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member States' Perspective. *Transnational Dispute Management*. Vol. 10 Issue 2. 2013. s. 12

²⁹³ LEAL-ARCAS, Rafael. The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon. *Legal Studies Research Paper No.64/2010*. s. 487

²⁹⁴ KRAJEWSKI, Markus. New Functions and New Powers for the European Parliament: Assessing the Changes of the Common Commercial Policy from the Perspective of Democratic Legitimacy. In BUNGENBURG, Marc. *European Yearbook of International Economic Law: Special Issue* (2013) s.15

²⁹⁵ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana Přímých Zahraničních Investic v Evropské Unii*. C.H.Beck. 2010. para. 37

²⁹⁶ LAVRANOS, Nikos. Commission v. Austria. Case C-205/96. Judgment; Commission v. Sweden. Case C-249/06. Judgment. *American Journal of International Law*. 2009. Vol.103, No. 4 s.716; EECKHOUT, Piet. Investment Treaties and EU Law. *European Journal of International Law*. 2009. Dostupný také z WWW: <<http://www.ejiltalk.org/investment-treaties-and-eu-law/>>

čím nahradit intra-unijní bilaterální smlouvy o ochraně investic, lze vyčíst, že nebylo naplněno očekávání hladkých změn v politice přímých zahraničních investic. Politika ochrany investic v EU je atakována z nejrůznějších pozic.²⁹⁷ I přes aktivní roli Komise veřejnost dosud nepochopila společnou obchodní politiku Unie.²⁹⁸ Současný stav taktéž nevyhovuje standardům řízení, které Komise vydala v roce 2003.²⁹⁹

Důvodem by mohl být i nesouhlas většiny zemí s tím, proč Komise nezpochybnila žádné intra-unijní bilaterální investiční smlouvy. Jádrem problému je ovšem někdy mnohem širší, než přímé zahraniční investice, a otázky týkající se konkurenčního charakteru práva EU a mezinárodního práva by se měly řešit nejen komplexně, ale zejména efektivně.

Pokud jde o interní prostředí Unie, dochází k zintenzivnění boje o moc mezi evropskými institucemi, zejména Evropským parlamentem, Evropskou komisí a Radou, a v průběhu jednání o nařízení 1219/2012 se projevovaly mezi unijními administrativními strukturami značné obtíže v komunikaci týkající se přímých zahraničních investic.³⁰⁰ Důvodem by mohla být i skutečnost, že po přijetí

²⁹⁷ Neefektivní reflexe převodu kompetencí do uzavřených mezinárodních smluv; nedostatečný převod kompetencí z členských států na Unii; politicizace CCP (Common Commercial Policy); účast Evropského parlamentu.

BUNGENBURG, Marc. The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics. In BUNGENBURG, Marc; GRIEBEL, Jorn; HINDELANG, Steffen. *European Yearbook of International Economic Law: International Investment Law and European Union Law*. 2011. Springer. s. 42

²⁹⁸ KRAJEWSKI, Markus. New Functions and New Powers for the European Parliament: Assessing the Changes of the Common Commercial Policy from the Perspective of Democratic Legitimacy. In BUNGENBURG, Marc. *European Yearbook of International Economic Law: Special Issue* (2013) s.15

²⁹⁹ „Promoting new forms of governance is by no means the sole responsibility of the European institutions, and even less so that of the Commission alone. It is the responsibility of all levels of public authority, private undertakings and organised civil society because good governance — openness, participation, accountability, effectiveness and coherence — are what the public expects at the beginning of the 21st century.”

EUROPEAN COMMISSION. Report from the Commission on European Governance. Luxembourg. 2003. s. 5 Dostupný také z WWW: <http://ec.europa.eu/governance/docs/comm_rapport_en.pdf>

³⁰⁰ Lavranos zmiňuje, že boj, který Evropský parlament vede proti Radě a členským státům užívá „nehorázná a neopodstatněná obvinění“ a že Parlament neprokázal znalost tématu přímých

Lisabonské smlouvy se podstatně zvětšily pravomoci Parlamentu³⁰¹ na úkor pravomocí Rady.³⁰² Zřejmou cestou pro EU a členské státy, jak vyřešit konflikt mezi intra-unijními bilaterálními smlouvami o ochraně investic a právem EU, by měla být konzistentní a důsledně promyšlená politika dohodnutá většinou (alespoň institucionální) všech stran zainteresovaných ve sporech týkajících se přímých zahraničních investic, pokud jsou si dobře vědomi, jak kriticky a s vážností bude na jejich jednání a i sebemenší rozpor nahlíženo investory.

Nedávno bývalý žalobce v případě *Eureko v. Slovensko* zahájil další investiční arbitráž proti Slovensku, což je poslední dokumentovaný návrh na arbitráž týkající se intra-unijní bilaterální investiční smlouvy.³⁰³ Dilema, zda je tato bilaterální Smlouva v rozporu s právem Unie, bude nepochybně zaměstnávat investiční tribunály, soudy členských států a případně i Soudní dvůr Evropské unie po řadu měsíců nebo let, kdy se budou snažit dospět k předběžnému rozhodnutí podle čl. 267 SFEU. I kdyby neslučitelnost potvrdily národní soudy nebo Soudní dvůr Evropské unie, takové rozhodnutí by nemohlo poskytnout komplexní alternativní právní investiční rámec pro právo EU.

Každá nejistota vyplývající z nastavení investičních záruk pro PZI, která se od začátku objevovala v diskusi o potenciálním konfliktu mezi bilaterálními

zahraničních investic a demonstroval, že vztahy mezi Parlamentem, Radou a Komisí byly „těžce přiotráveny“.

LAVRANOS, Nikos. In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member States' Perspective. *Transnational Dispute Management*. Vol. 10 Issue 2. 2013. s. 12

³⁰¹ KRAJEWSKI, Markus. The Reform of the Common Commercial Policy. In BIONDI, Andrea; EECKHOUT, Piet. *European Union Law After the Treaty of Lisbon*. 2010. s. 26

³⁰² KRAJEWSKI, Markus. New Functions and New Powers for the European Parliament: Assessing the Changes of the Common Commercial Policy from the Perspective of Democratic Legitimacy. In BUNGENBURG, Marc. *European Yearbook of International Economic Law: Special Issue* (2013) s.10

³⁰³ The Slovak Spectator. Achmea Initiates Arbitration Against Slovakia Over Health-Insurer Plan. Dostupný také z WWW:

<http://spectator.sme.sk/articles/view/49010/10/achmea_initiates_arbitration_against_slovakia_over_health_insurer_plan.html>

smlouvami o ochraně investic a právem EU, není jen otázkou právních výkladů; tato nejistota s sebou nese i obrovská politická a ekonomická rizika.³⁰⁴ Vytvoření (ne)atraktivního investičního prostředí totiž není něco hmatatelného; dopad změn podnikatelského prostředí lze měřit až po letech. V budoucnu se uvidí, jestli se členským státům i Unii budou jevit názory Komise týkající se přímých zahraničních investic jako smířlivé, nebo zda budou navržena jiná řešení, protože alternativou – sice poněkud složitou - by bylo nabídnout jinou formu celo-unijních regulačních standardů o ochraně investic.³⁰⁵ Dalším řešením by mohly být vícestranné investiční dohody.³⁰⁶ Výzvy vyplývající ze snížené účinnosti ochrany investic jsou výrazné.³⁰⁷ Pokud jde o rizika spojená s prováděním změn v evropských bilaterálních smlouvách o ochraně investic, Lavranos dochází k závěru, že *„Unie je nyní ve vynikající pozici, aby prokázala svou přidanou hodnotu a dosáhla těchto cílů, zejména pokud jde o zvýšení ochrany investorů a investic evropských investorů v zahraničí. Jestliže Evropská unie uspěje, pak převod kompetencí v souvislosti PZI byl správným rozhodnutím na úrovni členských států. Pokud Evropská unie selže, pak byl přenos těchto kompetencí chybou na úkor evropských investorů.“*³⁰⁸

³⁰⁴ CARDWELL, Paul James; FRENCH, Duncan. The European Union as a Global Investment Partner: Law, Policy and Rhetoric in the Attainment of Development Assistance and Market Liberalization?. s. 6

Dostupný také z WWW:

<<http://www.normangirvan.info/wp-content/uploads/2010/04/cardwell-and-frenchinvestment-chapter-cf-epa.pdf>>

³⁰⁵ LAVRANOS, Nikos. Member States' Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition? *Hague Yearbook of International Law* 2011. s.394-395

³⁰⁶ BUNGENBURG, Marc. The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics. In BUNGENBURG, Marc; GRIEBEL, Jorn; HINDELANG, Steffen. *European Yearbook of International Economic Law: International Investment Law and European Union Law*. 2011. Springer. s. 42

³⁰⁷ LEAL-ARCAS, Rafael. The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon. *Legal Studies Research Paper No.64/2010*. s. 510

³⁰⁸ LAVRANOS, Nikos. In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member States' Perspective. *Transnational Dispute Management*. Vol. 10 Issue 2. 2013. s. 14

7. Závěr

Práce se zabývá problematikou právní úpravy ochrany přímých zahraničních investic v režimu mezinárodních investičních smluv a práva Evropské unie. Cílem této práce je analyzovat údajný střet bilaterálních investičních smluv uzavřených mezi členskými státy Evropské unie s právem Evropské unie, a taktéž jeho případný dopad na evropské investiční prostředí.

Podle tvrzení Evropské komise jsou bilaterální investiční smlouvy mezi členskými státy Evropské unie neplatné. Stejný názor byl vyjádřen i některými členskými státy v mezinárodních arbitrážních řízeních, které proti nim vedli investoři, jako prostředek obhajoby státu před finanční kompenzací, kterou by porušení závazků v investiční smlouvě státy musely investorům zaplatit.

Bilaterální investiční smlouvy jsou v rozporu s právem Evropské unie ze dvou důvodů. Za prvé je to ustanovení umožňující urovnávání sporů formou rozhodčího řízení, což vylučuje soudní přezkoumání ze strany EU a nerespektuje výlučnost a autonomii práva EU. Dále jsou nekompatibilní klauzule zajišťující preferenční zacházení s investory, které jsou v konfliktu se zásadou zákazu diskriminace, protože je získají pouze investoři ze států s uzavřenou investiční smlouvou. Preferenční zacházení uvedené v bilaterálních smlouvách je třeba buď jednostranně rozšířit na všechny investory, nebo je v plném rozsahu zrušit. Dokud bilaterální investiční smlouvy však nebudou anulovány, zůstávají v platnosti.

Investiční prostředí v Evropské unii je vystaveno riziku přechodně snížené právní jistoty. Důvodem je dichotomie arbitrážního řízení a národních soudů, která doposud nedala vzniknout závazné interpretaci práva EU, protože rozhodčí soudy nejsou považovány za soudy členského státu ve smyslu článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie. Souběh těchto paralelních, nicméně výrazně separovaných systémů, neumožňuje rychlé sjednocení závazného výkladu kompatibility bilaterálních investičních smluv s právem Evropské unie, které v důsledku dopadá na investory a jejich investiční aktivity v členských státech Unie.

Kromě sporů ohledně dopadu na vymahatelnost investičních záruk zakotvených v bilaterálních investičních smlouvách vyvstává mnoho otázek nad

novou investiční politikou utvářenou Evropskou unií. Pokud se nekompatibilita investičních smluv s právem Evropské unie potvrdí, není zřejmé, zda si bez dalších zásadních reformních kroků, které by v nějaké formě garantovaly např. legitimní očekávání nebo rychlé řešení investičních sporů před soudy členských států, Evropská unie udrží atraktivitu investičního prostředí.

8. Résumé

This thesis explores recent developments concerning the legal protection of foreign direct investment in the field of European Union law. According to the European Commission claiming protection contained in bilateral investment treaties between Member States conflicts with EU law.

The aim of the research was to put the hypothesis of alleged incompatibility of the legal systems of investment treaties and EU law to a test. It also features an analysis of a potential impact of the legal incompatibility on the investment environment of the Union.

The analysis shows that whereas the European Commission, the executive body of the European Union, escalated the alleged conflict of laws of the two systems, the Commission is right to consider the bilateral investment treaties as incompatible with the law of the Union

Scrutinizing the legal incompatibility, bilateral investment treaties are found to be incompatible with EU law. First, it is the provision allowing for dispute settlement in the form of arbitration, thereby excluding the case from EU judicial review and infringing the primacy and autonomy of EU law. Second, it is the preferential treatment of investors given only to an investor from a state with a concluded BIT conflicts the non-discrimination principle. Preferential treatment given in BITs should be either unilaterally extended, or dismissed for all investors. Unless rescinded, BITs remain valid.

Investment environment of the European Union might be exposed to an increased risk of legal uncertainty. This is due to the existence of dichotomy of investment arbitration and national courts, which has not allowed for a binding interpretation of EU law since arbitration courts are not considered to be a court of a Member States with respect to the meaning of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Concurrence of the two parallel systems of dispute resolution does not allow for a prompt binding interpretation of the legal issue of incompatibility of the bilateral investment treaties with the European Union law and results in a negative perception of the investment environment of the Union.

Although the arguments of incompatibility of bilateral investment treaties with European Union law were rejected by arbitration tribunals, hopes for a solution, due to the expected involvement of the Court of Justice of the European Union, has vanished as the policy will be only judged ex post. As a result, standards of protection provided by the existent bilateral investment treaties remain uncertain.

9. Použitá literatura

Knižní publikace

C BARNARD. The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms. 2010. OUP.

FS BEYNON. Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms. 2010. Hart.

A BĚLOHLÁVEK Ochrana Přímých Zahraničních Investic v Evropské Unii. C.H.Beck. 2010. para. 37

C BINDER; U KRIEBAUM, A REINISCH. International Investment Law for the 21st Century. 2009. Oxford University Press.

A BIONDI; P EECKHOUT. European Union Law After the Treaty of Lisbon. 2010.

M BUNGENBURG; J GRIEBEL; S HINDELANG. European Yearbook of International Economic Law: International Investment Law and European Union Law. 2011. Springer.

M BUNGENBURG. European Yearbook of International Economic Law: Special Issue. 2013.

C CHATTERJEE. Alternative Dispute Resolution: A Practical Guide. 2008.

A DIMOPOULOS. EU Foreign Investment Law. Oxford University Press. 2011.

R DOLZER; C SCHREUER. Principles of International Investment Law. 2008. OUP

G DE BURCA; J SCOTT. Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility. 2000. HP.

E GUILD; P MINDERHOUD. The First Decade of EU Migration and Asylum Law. 2012. MNP.

S HINDELANG. The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law. Oxford University Press. 2009.

A NEWCOMBE; L PARADELL. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. 2009. KLI

J W SALACUSE. The Law of Investment Treaties. 2010. OUP.

P SANDERS. Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice. 1999. KLI.

M SORNARAJAH. The International Law on Foreign Direct Investment. 2010. CUP.

P SVOBODA. Právo vnějších vztahů EU. C. H. Beck. 2010.

P ŠTURMA; V BALAŠ. Mezinárodní ekonomické právo. C.H. Beck. 2013.

T TRIDIMAS. General Principles of EU Law. 2006. OUP.

M WAIBEL; KHL CHUNG; C BALCHIN. The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality. 2010.

Články

I BUFFARD et al. International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in honour of Gerhard Hafner. 2008.

N BERNASCONI-OSTENWALDER. European Parliament hearing on Foreign Direct Investment. 2010. International Institute for Sustainable Development.

G BETLEM; E NOLLKAEMPER. Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation. 2003. EJIL Vol.14 No.3

V BALAŠ. Comment on Award on Jurisdiction in the Binder Case Appealed at Czech Courts. CYIL 2. 2011. <files.cyil.eu/200000057-357d636771/ČSMP_2011_18_balas.pdf>

A BILEN. EU Charter: Rival or Complementary. 2005.

R BILDER. An Overview of International Dispute Settlement. Emory Journal of International Dispute Resolution. 1984. Vol.1 No.1.

JA BISCHOFF. Just a Little BIT of 'Mixity'? The EU's Role in the Field of International Investment Protection Law. Common Market Law Review 48. 2011.

E BONADIO. ECJ Advocate General Rejects EU Patent Litigation Scheme. 2010. JIPL 5/12

M BURGSTALLER. European Law and Investment Treaties. Journal of International Arbitration 26 (2). 2009.

R BRINER. Arbitration and European Law. 1997. BB.

E CHALAMISH. The Future of Bilateral Investment Treaties: A De Facto Multilateral Agreement? Brooklyn Journal of International Law Vol.34:2.

M CARKOVIC; R LEVINE. Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth? 2002. University of Minnesota.

PJ CARDWELL; D FRENCH. The European Union as a Global Investment Partner: Law, Policy and Rhetoric in the Attainment of Development Assistance and Market Liberalization?

AB CORPADEAN. Lisbon Treaty: Sinuous Ratification. 2011. CES Working Paper III

R B DAVIES; J VOGET. Tax Competition in an Expanding European Union. 2008.

G DE BURCA. The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi. Harvard International Law Journal. 2009. Vol.1, No. 51.

P DEMPSEY; S JOHANSSON. Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage. Air & Space Law Vol. 35, No. 3. 2010.

E DENZA.. Investment Treaties and EU Rules on Free Transfer. 2010. 35 European Law Review.

MA DESAI. Czech Mate. Expropriation and Investor Protection in a Converging World. 2006.

A DIMOPOULOS. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. 2011. CMLR: 48.

A DIMOPOULOS. Shifting the Emphasis from Investment Protection to Liberalization and Development: The EU as a New Global Actor in the Field of Foreign Investment Policy. 2010. Journal of World Investment & Trade. Vol. 11, Nr. 1.

G DOMANSKI; M SWIATKOWSKI. Application of Most Favoured Nation Clause to Jurisdiction Provisions in Light of the Award in Austrian Airlines v. Slovakia. 2011. Czech Yearbook of International Law.

P DUMBERRY. The Quest to Define Fair and Equitable Treatment for Investors under International Law. 2002. JWI Vol.3 No.4.

P DUPONT. Foreign Investment and Status of Kosovo in International Law.. <<http://www.oecd.org/dataoecd/8/63/44246234.pdf>> accessed 1 June 2011

P EECKHOUT. Investment Treaties and EU Law. European Journal of International Law. 2009. <<http://www.ejiltalk.org/investment-treaties-and-eu-law/>>

T EILMANSBERGER. Bilateral Investment Treaties and EU Law. 2009. CMLR 46.

A EMCH. News from Luxembourg – Is the New EU Investment Law Taking Shape? Journal of World Investment and Trade. Vol. 9, No. 6.

S ESCARENA. The Elements of Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. 2010. Policy Brief No. 14, Leuven Centre for Global Governance Studies.

N FENNELLY. Legal Interpretation at the European Court of Justice. Fordham International Law Journal. Volume 20, Issue 3. 1996. Article 4.

S FIETTA. Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point? 2005. IALR

SD FRANCK. The Legitimacy Crises in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. 2005. FLR

G GARRETT; D KELEMEN; H SCHULZ. The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union. International Organization. Volume 52 Issue 01. 1998.

T GAZZINI. General Principles of Law in the Field of Foreign Investment. The Journal of World Investment and Trade. Vol. 10, No.1. 2009.

E GAILLARD. Establishing Jurisdiction Through a Most-Favoured Nation Clause. New York Law Journal Vol.233 No.105.

RA GARCIA. The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. 2002. NYU.

I GOVARE. Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order in Mixed Agreements Revisited' (2010) Hart.

S GUERIN. CEPS Working Document No.333: Do the European Union's Bilateral Investment Treaties Matter? 2010.

P GUGGLER; V TOMSIK. General Agreement on Investment: Departure from the Investment Agreement Patchwork. Four Decades of International Business. Reading. 2007.

K GRAY. Foreign Direct Investments and Environmental Impacts – Is the Debate Over? 2002. RECIEL 11 (3).

A GRIMMEL. Judicial Interpretation or Judicial Activism?: the Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice. Harvard University. Center for European Studies Working Paper Series #176. 2010.

S HEMMELS at al. Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? 2010. EC Tax Review 2010/1.

V HRADILOVA. European Law in Arbitration Proceeding. Masaryk University.

V IGBOKWE. Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations. 2006. JIL 23 (4).

International Law Association. General Public Law and International Investment Law. 2008.

JH JANS. Proportionality Revisited. 2000. LIEI 27(3).

JH JANS. Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality.

J KLAAREN; D SCHNEIDERMAN. Investor-State Arbitration and SA's Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review. 2009. <<http://wiredspace.wits.ac.za/bitstream/handle/10539/9205/SABITPolicyReviewCommentsKlaarenandSchneiderman10Aug2.pdf?sequence=1>>

RH KREINDLER. Fair and Equitable Treatment: A Comparative International Law Approach. 2006. TDM Vol. 3, issue 3.

G LAULE; R WEBER. Harmonisation of the Tax Systems in Europe Judgements of the European Court of Justice.

N LAVRANOS. Bilateral Investment Treaties and EU law' <http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Lavranos.pdf>

N LAVRANOS. Commission v. Austria. Case C-205/96. Judgment; Commission v. Sweden. Case C-249/06. Judgment. American Journal of International Law. 2009. Vol.103, No. 4.

N LAVRANOS. In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member States' Perspective. Transnational Dispute Management. Vol. 10 Issue 2. 2013.

N LAVRANOS. Member States' Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition? Hague Yearbook of International Law 2011.

N LAVRANOS. MOX Plant Dispute. 2006.

<<http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=586108&jid=ECL&volumeId=2&issueId=03&aid=586104>>

N LAVRANOS. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. 2010. LPICT 9.

N LAVRANOS. Protecting European Law from International Law. 2010. EFAR 15.

N LAVRANOS. Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals <http://www.zaoerv.de/68_2008/68_2008_3_a_575_622.pdf>

R LEAL-ARCAS. The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon. Legal Studies Research Paper No.64/2010.

L LIBERTI. Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview. OECD Working Papers on International Investment, 2010/1. OECD Publishing.

M LICKOVA. European Exceptionalism in International Law. European Journal of International Law Vol. 19 No. 3. 2008.

J LOOKOFSKY; K HERTZ. Transnational Litigation and Commercial Arbitration. 2004. JP.

LOUNGANI, Prakash; RAZIN, Assaf. How Beneficial is Foreign Direct Investment for Developing Countries? Finance and Development. A Quarterly Magazine of the International Monetary Fund. Vol. 38. No. 2. 2001. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/06/loungani.htm>

RA LUZI. BITs and Economic Crises: Do States Have Carte Blanche?. in T J G Weiler. Investment Treaty Arbitration and International Law. 2008. Vol.1

A MANIRUZZAMAN. State contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. 2001. EJIL.

G MARCHIOSO. Rebus Sic Stantibus: A Comparative Analysis for International Arbitration. 2012. <<http://ssrn.com/abstract=210364>> nebo též <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103641>>

C MCCRUDDEN. The Future of the EU Charter of Fundamental Rights. 2000.

GD MYLES. Tax Policy and European Union Governance. 2005. University of Exeter.

A NEWCOMBE. The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. 2005. FIJL 20:1.

MA ORELLANA et al. Technology Transfer in the UNFCCC and Other International Legal Regimes: The Challenge of Systematic Intergration. 2010. International Council on Human Rights Policy <http://www.ichrp.org/files/papers/181/138_technology_transfer_UNFCCC.pdf>

P PENZES. Legal Regime of Bilateral Investment Treaties after the Accession of the Slovak Republic to the European Union. Notitiae ex Academia Bratislavensi Iurisprudentiae 4/201.

CS PETERSEN. On Law and Policy in a European and European Union Patent Court (EEUPC) - What Will It do to Patent Law and What will Patent Law do to It? 2010. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1572521>

LE PETERSON. Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the Role of Human Rights Law within Investor-State Arbitration. 2009. International Centre for Human Rights and Democratic Development.

LE PETERSON. Details surface of jurisdictional holdings in *Binder v. Czech Republic*; ad hoc tribunal saw no conflict between BITs and European Law; More recently, majority of EU member-states have taken similar view. *Investment Arbitration Reporter*. 2009. Vol. 2, No. 4.

LE PETERSON. Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making. 2004. International Institute for Sustainable Development.

LE PETERSON. Countries like Denmark and Czech Republic working to terminate investment treaty; not all EU member-states agree with Czech view that intra-EU treaties are unnecessary. In *Investment Arbitration Reporter*. 2009. Vol.2, No.12.

D PIQANI. Supremacy of European Law revisited: New developments in the context of the Treaty Establishing a Constitution for Europe.

<<http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Darinka%20Piqani.pdf>>

M POTESA. Bilateral Investment Treaties and European Union. Recent Developments in Arbitration and before ECJ. 2009. *LICT* 8.

A RADU. Foreign Investors in the EU – Which ‘Best Treatment?’ Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law. 2008. *ELJ* Vol.14, No.2.

P RANJAN. Fair and Equitable Treatment in Indian Investment Treaties: An Overview. 2010. *IISD*.

W RINGE. Domestic Company Law and the Free Movement of Capital: Nothing Escapes the European Court? 2008. *LRPS* No. 42.

AE ROBERTS. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. *AJIL* <<http://www.asil.org/ajil/roberts.pdf>>

S SCHILL. Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law. 2006. *IILJ Working Paper* 6.

C SCHREUER. Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice. 2005. JWIT Vol.6 No.3.

W SHAN; S ZHANG. The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. 2011. EJIL Vol.21 No.4.

C SODERLUND. Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty. Journal of Investment Arbitration 24(5).

PB SORENSON. Tax coordination in the European Union: What are the issues? 2001.

P ŠTURMA. Bilateral Investment Treaties and the EU Law. Notitiae ex Academia Bratislavensi Iurisprudentiae 1/2010.

T JOHN. St. Multilateral Liberalization through Bilateral Treaties. Globalization and Finance Project. University of Oxford.

R TEITELBAUM. A Look At The Public Interest In Investment Arbitration: Is It Unique? What Should We Do About It? <http://bjil.typepad.com/teitelbaum_final-1.pdf>

J TOBIN. The Impact of Bilateral Investment Treaties' Center for Law. Economics and Public Policy Developing Countries. Yale Law School Research Paper No. 293.

R UERPMANN. International Law as an Element of European Constitutional Law. International Supplementary Constitutions. 2003.

S VAN BIJSTERVELD. Transparency in the European Union: A Crucial Link In Shaping the New Social Contract Between the Citizen and the EU. <http://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/clanki/Agenda__Bijsterveld-Paper.pdf>

S VAN ERP. European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism? 2006. ELP.

D VIS-DUNBAR. ECJ advocate general argues some Austrian and Swedish BITs are incompatible with EU law. In Investment Treaty News. 2008.

<<http://www.iisd.org/itn/2008/07/17/european-court-of-justice-opinion-argues-some-austrian-and-swedish-bits-are-incompatible-with-eu-law/>>

K VON PAPP.. Clash of ‘‘Autonomous Legal Orders’: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? – A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ. Common Market Law Review 50. 2013.

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267045>

H WEHLAND. Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle? 2009. ICLQ 58.

D WHEELER. Racing to the Bottom? Foreign Investment and Air Pollution in Developing Countries. 2001. JED 10 (3).

M WIERZBOWSKI. A GUBRYNOWICZ. Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions. in C Binder et al International Investment Law for the 21st Century. 2009.

T YALKIN. The International Minimum Standard and Investment Law: The Proof Is in the Pudding. 2009. EJIL. <<http://www.ejiltalk.org/international-minimum-standard/>>

Rozsudky SDEU a ESLP

Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union And Commission of the European Communities Joined Cases C-402/05 P and C-415/05

Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [2009] ECR I-9579 Case C-40/08

Bela-Mühle Josef Bergmann KG v Grows-Farm GmbH & CO. KG., Reference for a preliminary ruling, Case 114-76

Budějovický Budvar v. Rudolf Ammersin GmbH [2000] ECR I-5215 Case C-216/01

Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue (2006) ECR-I-7795 C-196/04

Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, Judgment of the Court 16 December 2008 Case C-210/06

Centro di Musicologia Walter Stauffer (2006) ECR I-8203 Case C-386/04

Centrafarm v Sterling Drug (1974); 19/84, 15-74

Centros Ltd v Erhvervsog Selskabsstyrelsen Judgment of the Court of 9 March 1999 Case C-212/97

Commission v. Austria Case C-205/06

Joined Cases C-171/98, C-201/98 and C-202/98 Commission v. Belgium and Luxembourg [1999] ECR I-5517 Para. 38

Commission v. Belgium [1999] ECR I-5493 Case C-170/98

Commission v. Finland, Case C 118/07

Commission v. Ireland Case 26/62

Commission v. Italian Republic Case C-326/07

Commission v. Kingdom of Sweden Case C-249/06

Commission v. Netherlands Joined Cases C-282/04 and C-283/04

Commission v. Portugal [2000] ECR I-5171

Commission v. Slovak Republic Case 264/09

Ian William Cowan v. Tresor Public (the Treasury) [1989] ECR 195 Case 186/87

D v. Inspecteur van Belastingdienst, (2005) ECR I-05821; Case C-376/03

Denuit and Cordenier v. Transorient [2005] ECR I-923 Case C-125/04

Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, 1999, E.C.R. I-3055

Elide Gottardo v. Istituto nazionale della previdenza sociale C-55/00, [2002]

Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium SL [2006] ECR I-10421 Case C-168/05

Embassy Limousines and Services v. European Parliament (1998) ECR II-4239, Case T-203/96

Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union [2000] ECR I-08419 Case C-376/98

Gravier v City of Liege [1985] ECR 593 Case 293/83

Grzelczyk [2001] ECR I-06193 Case C-184/99

Guy Denuit, Betty Cordenier v Transorient – Mosaïque Voyages and Culture SA C 82/10 [2005]

Factortame I (1990) ECR I-2433

Falminio Costa v. ENEL (1964) ECR 585, 593C-106/77

Forster v IB Groep (Hoofddirectie vn de Informatie Beheer Groep) [2008] ECR I-8507 Case – C 158/07

Gaston Schul Douane Expéditeur BVv. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal. [1982] ECR 1409 Case 15/81

Gottardo v. INPS [2002] ECR I-413 Case C-55/00

Jeanne Airola v. Commission of the European Communities, Case 21-74

Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam and Inspire Art Ltd. Case C-167/0

Kraus v. Land Baden Württemberg [1993] ECR I-1663 C-19/92

Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz [1979] ECR 3727)

Luisa Sabbatini v. European Parliament, Case 20-71

Marleasing (1991) ECR I-7321 C-213/89

Annunziata Matteucci v. Communauté Française de Belgique [1988] ECR 5589 Case 235/87

Meilicke C-292/04

Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG (102/81) [1982] E.C.R. 1095

Opinion 1/09 of the ECJ, 8 March 2011

Pharmon BV v. Hoechst AG, 1985 Case 19/84,

Racke v Hauptzollamt Mainz [1998] ECR I-3655 Case C-162/96

Rewe Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (1979), ECR 649 , C 120/78

Campagne de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt I-3161 C-307/97

Simmenthal II (1978) ECR 629, C-106/89

Skatteverket v A [2007] ECR I-11531 C-101/05

Société Terrapin (Overseas) Ltd. v. Société Terranova Industrie CA Kapferer & Co. (1976) 119-75

Staatssecretaris van Financiën V Orange European Smallcap Fund NV; Case C-194/06

Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation v. Commissioners of the Inland Revenue, (2006) ECRI-11673. Case C-374/04,

Test Claimants in the FII Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue; Case C-446/04

Case C – 456/02 Trojani v CPAS [2004] ECR I-7573

Toepfer August & Co GmbH v. Commission, 112/77

Van Gend en Loos [1963] ECR 1 Case 6/64

Winfried L. Holböck V Finanzamt Salzburg-Land Case C-157/05

Rozsudky arbitrážních soudů a další judikatura

AES Summit Generation Ltd. and AES-Tisza Eromu Kft v. Republic of Hungary, ICSID Case No ARB/07/22

Austrian Airlines v. Slovak Republic, Case No. reducted, Final Award of October 9, 2009

Aguas del Tunari v. Bolivia ICSID Case No. ARB/02/3, 21st October 2005

Binder v. Czech Republic. Award (UNCITRAL) 2011 (neveřejný nález)

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, Final Award, 14 March 2003

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8

Eastern Sugar BV v Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007

EDF International S.A. v Hungary (ad hoc arbitration under UNCITRAL Rules)

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary ICSID Case No. ARB/07/19

Eureko B.V. v the Slovak Republic (PCA Case No. 2008-13, UNCITRAL Arbitration Rules)

European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic, UNCITRAL

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela 11 July 1997, 37 ILM 1378 (1998)

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), ICJ Reports 1973 p.3 para. 36

HICEE B.V. v. the Slovak Republic. PCA Case No.2009-11. (UNCITRAL) 2009

James and Others v. United Kingdom (1986)

Lithgow v. United Kingdom (1986) 8 EHRR 329

Lauder v. Czech Republic, 3 September 2001

Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction of January 25, 2000;

Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania. ICSID Case No. ARB/05/20

MOX Plant Case (Ir. v. U.K.), “Dispute Concerning the MOX Plant, International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea

Nordzucker v. Poland. Germany-Poland BIT (UNCITRAL). 2009. (Nález neveřejný)

Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala), ICJ Judgment of April 6th 1955

Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5)

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction of February 8 2005

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A.-v- The Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13)

Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction of August 3, 2004

Saluka v. Czech Republic, 17th March 2006

Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award of September 13, 2006

Yaung Chi Oo Trading Pte LTd v Government of the union of Myanmar 42 ILM 540 (2003), 31st March 2003

Mezinárodní smlouvy

Agreement between the Government of Estonia and the Government of the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investment. November 6, 1991

Agreement between the Government of the Republic of Slovenia and the Government of the Kingdom of Sweden on the Promotion and Mutual Protection of Investment

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Lithuania for the Promotion and Protection of Investment 17th May 1993

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, 29 October 1990

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, October 14, 1966

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, 15 October 2008, [2008] O.J. L289/I/3.

Energy Charter Treaty, December 17, 1991

General Agreement on Trade in Services (GATS)

MIGA Convention Multilateral Investment Guarantee Agency October 11, 1985

North American Free Trade Agreement, January 1, 1994

Německý model bilaterální investiční smlouvy. 2005.

<[http://ebooks.narotama.ac.id/files/The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%207%20Germany%20Model%20BIT%20\(2005\).pdf](http://ebooks.narotama.ac.id/files/The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%207%20Germany%20Model%20BIT%20(2005).pdf)>

Smlouva o fungování Evropské unie

Treaty between the United States of America and the Republic of Poland concerning Business and Economic Relations

Úmluva o sjednocení některých pravidel o mezinárodní letecké přepravě podepsaná v Montrealu 28. května 1999

Vídeňská úmluva o smluvním právu

Další dokumenty

S CAMEY. CEZ Launches International Arbitration Vs Albania, Seeks Compensation' The Wall Street Journal, 2013. <<http://online.wsj.com/article/BT-CO-20130207-704517.html>>

S CAMEY. UPDATE: CEZ Ready For Arbitration, Legal Battles in Albania. 2012. <<http://www.euroinvestor.com/news/2012/05/10/update-cez-ready-for-arbitration-legal-battles-in-albania/11988714>>

Commission Staff Working Document: Albania 2012 Progress Report
Accompanying the document Communication from the Commission to the European
Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013
{COM(2012) 600 final}

Council Directive 88/361/EEC

Council Regulation 241/1999 on Measures to Prohibit the Release for Free
Circulation, Export, Re-Export or Entry for a Suspensive Procedure of Counterfeit
and Pirated Goods

Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June
2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing
Directive 96/92/EC

Directive 2004/48/EC On the Enforcement of Intellectual Property Right

JP GAFFNEY. Threats to Investment Protection in the EU Energy Sector. 2012.

King and Spalding Energy Newsletter August 2012.

<[http://www.kslaw.com/library/newsletters/EnergyNewsletter/2012/August/article1.
html](http://www.kslaw.com/library/newsletters/EnergyNewsletter/2012/August/article1.html)>

European Commission. Communication from the Commission to the European
Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the
Committee of the Regions – Towards a Comprehensive European International
Investment Policy. 10th July 2010, COM (2010) 343 final.

European Commission. EU Takes Key Step To Provide Legal Certainty For Foreign
Investors. Press Release. IP/12/677. 21 June 2012.

European Commission. Memorandum of the European Commission Q&A:
Commission launches comprehensive European International Investment Policy.
2010.

European Commission. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Treaties between EU Member States and Third Countries. 2010.

European Commission. Report from the Commission on European Governance. Luxembourg. 2003. <http://ec.europa.eu/governance/docs/comm_rapport_en.pdf>

Explanatory Memorandum of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of Crime in the European Union. Brussels, 12.3.2012. COM(2012) 85 final. 2012/0036 (COD).<http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/20120312/1_en_act_part1_v8_1.pdf>

Nařízení EP a Rady (ES) č. 261/2004 ze dne 11. února 2004, kterým se stanoví společná pravidla náhrad a pomoci cestujícím v letecké dopravě v případě odepření nástupu na palubu, zrušení nebo významného zpoždění letů a kterým se zrušuje nařízení (EHS) č. 295/91.

Nařízení EP a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.

Organisation for Economic Cooperation and Development. Business and Industry Advisory Committee. Aspects of Investment Protection: Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment. 2004.

Organisation for Economic Cooperation and Development. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Working Papers on International Investment No. 2004/3: Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. 2004. <<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/33776498.pdf>>

Organisation for Economic Co-operation and Development. Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law. 2004.

Organisation for Economic Cooperation and Development. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment. Fourth Edition. 2008.

Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschluss 26 SchH 11/10

Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 16 January 2008

Opinion of Advocate General delivered on 10 September 2009

Power firm CEZ files complaint with EU against Bulgaria. Reuters.
<http://www.reuters.com/article/2013/03/29/cez-bulgaria-idUSL5N0CL16620130329>

Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base.
(2011)

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes 2011/0373 (COD) and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR)

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of Crime in the European Union. Brussels, 12.3.2012. COM(2012) 85 final. 2012/0036 (COD).

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes 2011/0374 (COD)

Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe. International Law and the Baia Mare Cyanide Spill Final Report. 2001.

Serbian Law on Foreign Investment. 2002.

The Slovak Spectator. Achmea Initiates Arbitration Against Slovakia Over Health-Insurer Plan.

<http://spectator.sme.sk/articles/view/49010/10/achmea_initiates_arbitration_against_slovakia_over_health_insurer_plan.html>

Sidley Austin LLP. International Arbitration Update. 2/2009.

Transparency International. Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems.

The United Nations Conference on Trade and Development. Bilateral Investment Treaties 1995–2006. Trends in Investment Rulemaking. New York and Genva. 2007.

The United Nations Conference on Trade and Development. Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties <<http://www.unctad.org/templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&lang=1>>

The United Nations Conference on Trade and Development. The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)'. <http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20069_en.pdf>

The United Nations Conference on Trade and Development. The REIO Exception in MFN Treatment Clauses: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development. 2004.

The United Nations Conference on Trade and Development. World Investment Report 2010. <http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf>

UNODCCP. Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences. 2001. <<http://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/cicp14.pdf>>

Winston and Strawn LLP. Latest Development Concerning European Investment Treaties. 2012.

10.Klíčová slova

Právo Evropské unie, bilaterální investiční smlouvy, přímé zahraniční investice.

11.Keywords

European Union law, bilateral investment treaties, foreign direct investment.